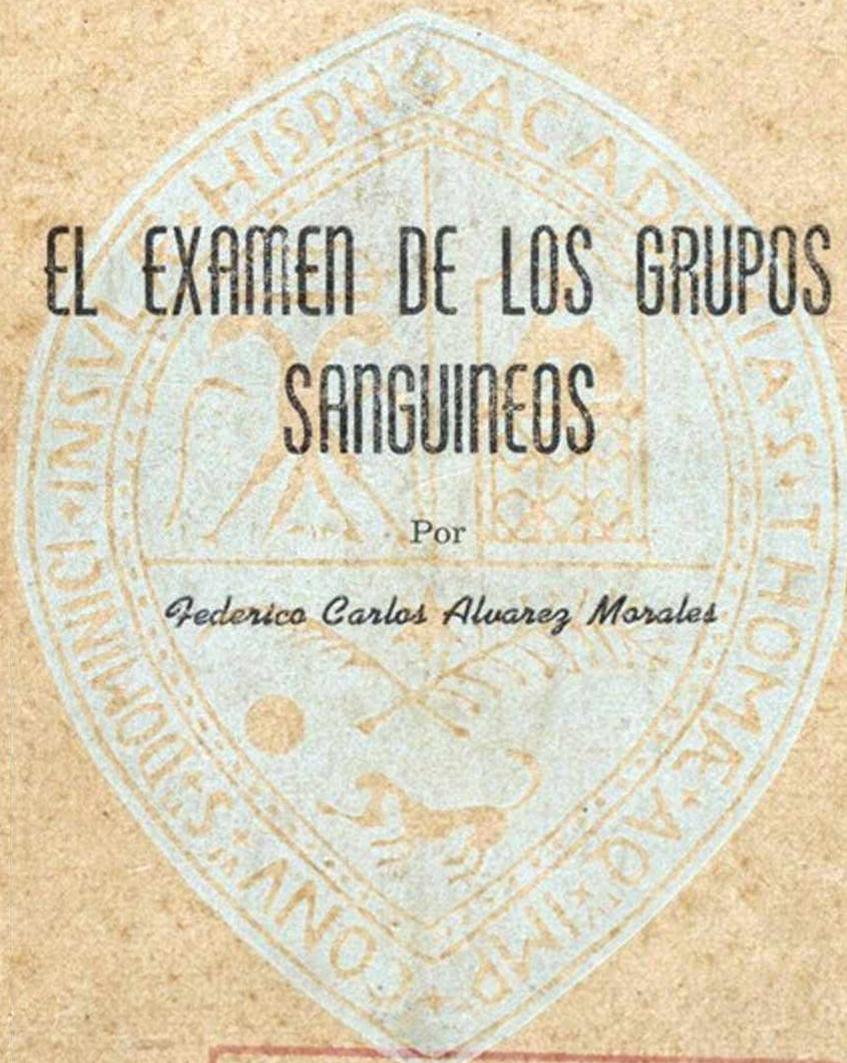


LA UNIVERSIDAD DE SANTO DOMINGO

Volumen LXXXVIII

Nº 3



EL EXAMEN DE LOS GRUPOS
SANGUINEOS

Por

Federico Carlos Alvarez Morales

COLECCION
"MARTINEZ BOGG"
SANTO DOMINGO, - REP. DOMINICANA

CIUDAD TRUJILLO,
República Dominicana

PUBLICACIONES DE LA UNIVERSI-
DAD DE SANTO DOMINGO

Serie III.—Derecho y C. Sociales

Nº 1.—SANCHEZ Y SANCHEZ, Carlos.
"Por los fueros de las dos Universidades
de la Española", Ciudad Trujillo, R. D.
1950. 32 pp.

Nº 2.—RUIZ TEJADA, Manuel Ramón.
"Estudio sobre la propiedad inmobiliaria
en la Rep. Dominicana", C. Trujillo,
R. D., 1952, 442 pp.

Nº 3.—ALVAREZ MORALES, Federico
Carlos. "El examen de los grupos sanguí-
neos como medio de prueba jurídica". C.
Trujillo, R. D. 75 pp.

PUBLICACIONES ANTERIORES DE
LA MISMA SERIE SIN NUMERAR

(Por ser tan numerosas, remitimos al Ca-
tálogo de Publicaciones de la Univer-
sidad).

**Biblioteca
Nacional**

**PEDRO
HENRIQUEZ
UREÑA**

EXLIBRIS



Boog

COLECCION

4.D
364.125
A 473
2.
FEDERICO CARLOS ALVAREZ MORALES

El Examen de los Grupos Sanguíneos Como Medio de Prueba Jurídica

COLECCION
"MARTINEZ BOOG"
SANTO DOMINGO, - REP. DOMINICANA



UNIVERSIDAD DE SANTO DOMINGO : : CIUDAD TRUJILLO

PUBLICACIONES DE LA UNIVERSIDAD DE SANTO DOMINGO

Serie III — N° 3
1952

Vol. LXXXVIII

BN
364.125
A 473.2
e, 2

El Examen de los Grupos Sanguíneos Como Medio de Prueba Jurídica

SU VALOR ACTUAL Y SUS POSIBILIDADES FUTURAS EN LA REPUBLICA DOMINICANA (*)

Por Federico Carlos ALVAREZ MORALES

INTRODUCCION

DEL PROBLEMA DE LA PRUEBA DE LA FILIACION

1.—Importancia de la filiación

La filiación, lazo biológico que une a un hijo con su padre y su madre, es un hecho que tiene gran importancia en todos los campos del derecho, porque la filiación da origen a innumerables relaciones jurídicas, y esto aún antes del nacimiento; así la máxima, empleada ya por Justiniano (Digesto, 1, 5, 7) *Infans conceptus pro nato habetur*, puede hacer que un hijo simplemente concebido sea sujeto de derecho.

Uno de los elementos esenciales del estado civil de las personas es la filiación, en la cual se basa también la patria potestad, eje central de la organización de la familia.

La devolución legal de los bienes en caso de muerte se hace por el parentesco, que no es más que la consecuencia necesaria de la filiación, puesto que si los parientes están ligados entre sí, es porque descienden los unos de los otros o de un padre común (art. 736, código civil), lo que supone necesariamente la prueba de una o de varias filiaciones.

El parentesco es también una de las condiciones requeridas para formar oposición a un matrimonio, para impugnarlo o de-

(*) Tesis para optar el Doctorado en Derecho, Año Académico, 1951.

CARLOS ALVAREZ MORALES

fenderlo, para provocar la interdicción o el nombramiento de un consultor judicial, y la organización del consejo de familia supone también establecidos la línea y el grado de parentesco de sus miembros con el menor o con el sujeto a interdicción.

En materia penal la filiación es causa de agravación de la pena o causa eximente de culpabilidad, en los casos de robo, parricidio, infanticidio.

La ley de accidentes de trabajo se basa en la filiación para atribuir, en caso de muerte, indemnizaciones a los hijos, sean legítimos o naturales, aunque la prueba no resulte de un reconocimiento en forma, voluntario o judicial, y en el delito de abandono de menores la ley castiga el incumplimiento de la obligación de alimentos de los padres con la pena correccional de dos años de prisión. La filiación en éste, como en los dos casos anteriores, puede probarse libremente, sin tener en cuenta las reglas estrictas que rigen en materia de estado y a pesar de que el juez llegue a soluciones opuestas a ese estado; de modo que un menor puede demandar alimentos a su padre verdadero, aunque su padre legal sea otro.

2.— Dificultades de la prueba de la filiación

La filiación, procedencia del hijo respecto de sus padres, entraña un vínculo doble; el que lo liga a la madre (filiación maternal) y el que lo liga al padre (filiación paterna).

Dividiremos pues esta cuestión de acuerdo con a naturaleza de la relación que se desee establecer, pues no es lo mismo justificar la filiación materna que hacer la prueba de la filiación paterna.

3.— Filiación materna

En la prueba de la filiación materna es necesario demostrar dos cosas:

a.— El alumbramiento;

b.— La identidad del niño nacido con la persona de cuya filiación se trata.

El nacimiento es fácil de justificar, ya sea directamente, por el médico y las enfermeras que asisten al parto, o de un modo indirecto, si se refiere a los hechos que le preceden o que le subsiguen.

La ley ha facilitado la conservación de esa prueba por medio de los registros del estado civil, imponiendo a determinadas

EL EXAMEN DE LOS GRUPOS SANGUINEOS...

personas la obligación de declarar el nacimiento dentro de un plazo corto.

Sólo en casos muy raros puede suceder que se presenten circunstancias en que resulte problemática la identidad del hijo. Tal acontece en los hospitales de las grandes ciudades cuando se confunden niños nacidos de diferentes madres. Puede imaginarse también el caso en que el hijo se ausente del hogar paterno siendo muy joven y reaparezca después de muchos años, en circunstancias en que la identidad pueda suscitar dificultades.

Este problema de la identidad es mucho más difícil que el que se refiere al alumbramiento, y en ocasiones se hace casi imposible resolverlo satisfactoriamente, porque el juez sólo tiene a su disposición indicios muy precarios.

4.— Filiación paterna

Si en verdad la filiación materna, salvo esos casos excepcionales, es un hecho relativamente fácil de comprobar, en cambio no ocurre lo mismo con la prueba de la filiación paterna, porque el hecho biológico de la concepción no se revela por ningún acto exterior. Para llegar a ese hecho es necesario el empleo de la inducción. El análisis de ese proceso lógico, que autoriza inferir la paternidad por la prueba de hechos que la suponen, nos conduce a admitir como equivalente la prueba de esta doble circunstancia: primero, que durante el período de la concepción, la madre tuvo relaciones sexuales con el demandado; y, segundo, que durante el mismo tiempo, la madre no tuvo relaciones sexuales con ningún otro hombre. Ahora bien, como esta última circunstancia es una prueba negativa, casi imposible en la práctica, resulta que la paternidad no puede determinarse, en hecho, con absoluta certidumbre.

5.— Evolución de la prueba de la paternidad

Es interesante examinar, de pasada, cómo ha sido resuelto este problema en las distintas épocas de la humanidad.

Se ha establecido que las primeras familias humanas tenían como base la maternidad (J. M. ZANE, *The Story of Law*, New York, 1927, p. 41 y sigs.), aunque no ha podido precisarse si esa familia consistía en una mujer con varios maridos, o en varias mujeres con varios maridos promiscuamente, o si la familia consistía simplemente en una madre y sus hijos.

CARLOS ALVAREZ MORALES

Hay que presumir que, durante un período largo de la historia del hombre, la filiación sólo era admitida en lo que respecta a la madre, ya que en lo tocante al padre ni siquiera podía comprenderse, porque no se veía la relación existente entre el contacto carnal, acto instintivo, y el nacimiento de un niño, que se atribuía a la divinidad. El hecho oculto y misterioso de la concepción escapaba a la inteligencia primitiva (RENE A. WORMSER, *The Law*, New York, 1949, p. 9).

Parece innecesario que se expongan aquí las investigaciones hechas acerca de la evolución de la familia a través de la historia de la humanidad. Lo que sí interesa es señalar algunos de los procedimientos empleados para establecer la filiación paterna.

La costumbre llamada "couvade", que literalmente tiene relación con los verbos "enclocar" o "empollar", comprobada en algunos pueblos antiguos y que subsiste actualmente en algunos lugares del Tibet, China y la India, según la cual, antes del nacimiento del niño, el que se cree padre se retira a su cama, suspendiendo toda comida animal, y afecta sufrir todos los dolores físicos que preceden al parto, mientras la madre continúa sus trabajos normales en el campo, es como la expresión pública de la creencia de que el niño que va a nacer es hijo suyo, y podría verse en este ritualismo una forma tácita, análoga a los modernos reconocimientos formales, de la filiación natural.

Durante esos estados primitivos, al padre le era dable hacer este reconocimiento o negar la paternidad y hasta disponer de la vida de cualquiera de los hijos de su mujer.

En Roma la filiación paterna se establecía originalmente por el arbitrio del marido, quien, al tener un derecho igual sobre todos los hijos de su mujer y no estando obligado hacia ninguno de ellos, podía rechazar o aceptar el niño que se le presentaba (GIRAD, *Driot Romain*, 8a. edic., París, 1929, p. 185). Fué más tarde cuando los romanos crearon las dos presunciones sobre que descansa la prueba legal de la filiación legítima: la primera, basada en datos científicos, en virtud de la cual la duración extrema del embarazo varía entre 180 y 300 días, que fija la época en que puede tener lugar la concepción; la segunda, moral, que atribuye la paternidad al marido cuando esa concepción ocurre durante el matrimonio, según la célebre máxima *pater est quem nuptiae demonstrant* (PAULO, D., 2, 4, *De in jus voc.*, 5).

EL EXAMEN DE LOS GRUPOS SANGUINEOS...

6.— Posición antinómica de la prueba jurídica

La verdad es que, en esta materia más que en otra alguna, la prueba jurídica está sujeta a dos principios opuestos: uno, que tiende a someter a la ordenación jurídica toda situación que, por su naturaleza, pertenezca a la esfera del derecho, aunque la prueba de las circunstancias del hecho sea difícil o casi imposible, y el otro, que requiere que la norma jurídica se aplique únicamente a hechos debidamente comprobados. El decano GénY destaca antinomia en estos términos:

“El uso frecuente de este procedimiento” —el de las presunciones— “se explica si se considera, por un lado, todo lo que el mundo regido por el derecho tiene de oscuridades y de equívocos propiamente hablando invencibles; y, por el otro lado, la seguridad y la precisión que postula, a despecho de todos los obstáculos contrarios, la realización práctica del Derecho” (F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, p. 266, París, 1921).

Aunque el hijo que reclama la sucesión de su padre está obligado a justificar su filiación por medios que no den lugar a ninguna duda, sabemos que esa prueba, estrictamente hablando, es imposible. Como dice el gran jurista de Nancy: “Se trata de hechos que no pueden aprehenderse en su materialidad precisa y que, no obstante, hay necesidad de fijar” (Op. et. loc. cit. p. 288).

La solución que el derecho da a este problema intrincado pone de manifiesto el ingenio de los juristas, situados casi siempre entre dos extremos igualmente peligrosos, porque si exigen una prueba absoluta, privarían a las situaciones mejor caracterizadas de toda protección legal, “lo que conduciría prácticamente a una denegación de derecho, y traicionaría el interés supremo de la justicia” (Op. et loc. cit., p. 279), y así por el contrario, admiten cualquiera prueba como suficiente, otorgarían derechos a quienes no lo merecen.

“El único medio de resolver semejante antinomia” —enseña el gran maestro francés (ibidem, p. 266)— “es transformar las dudas en verdades, las vacilaciones en certidumbres, y este resultado no se obtiene, racionalmente, más que por un esfuerzo del espíritu, basándose en las sugerencias de la experiencia, para conformar sus decisiones a lo que postula la normalidad, que domina toda la vida moral y social del hombre. En el fondo, la evidencia es cosa extremadamente rara, cuando no inaudita, en el orden de los valores que representa la realización práctica de

la justicia, y ésta, que tiende al orden, como no puede proceder más que sobre bases firmes, deberá constituírselas a sí misma por medio de lo probable y de lo plausible, que es con lo que, muy amenudo, tiene que contentarse toda dirección de la conducta”.

Mas, esta técnica de los juristas no puede ser caprichosa, y tiene que inspirarse en la verdad y la justicia, por medio de la razón, aunque a veces tenga que emplear la “operación intelectual que consiste en disipar las incertidumbres y desavenencias de las situaciones y de los conceptos por una afirmación audaz, que trance violentamente el debate posible, en el sentido más conforme con lo que el orden de las cosas permite normalmente” (Ibidem, p. 266). El derecho, en efecto, está obligado a temperar la lógica con la experiencia, porque su esencial finalidad es el mejoramiento de las condiciones sociales.

7.— Proceso lógico de la prueba de la filiación

Desde un punto de vista estrictamente lógico, sin tener en cuenta las disposiciones legales, la filiación es una situación de hecho compleja, que no puede reconstruirse sino por vía indirecta, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos que se deben probar, las fuentes de información y los razonamientos que permiten investigar la verdad y establecerla. Una prueba completa abarcaría la larga historia de la concepción, la gestación, el nacimiento, la viabilidad del hijo y la identidad del reclamante. En la realidad tenemos que conformarnos con la prueba directa de algunos de esos elementos, para pasar de ellos a los demás por un esfuerzo de la razón. El conocimiento del embarazo no nos da la seguridad de un parto normal, pues queda la hipótesis del aborto. El alumbramiento tampoco prueba que el hijo ha nacido vivo y viable, y el testigo del nacimiento es probable que no reconozca al niño nacido si deja de verlo durante toda su infancia.

En cuanto a la determinación del padre, que se fija en el momento de la concepción, la prueba directa es imposible, y el investigador, aunque no sea un juez, tendrá necesariamente que utilizar el procedimiento que el profesor BARTIN calificó con el nombre de desplazamiento de la prueba (E. BARTIN, en *Cours de Droit Civil Français* de Aubry y Rau, 5a. edición, t. XII, p. 78, nota 10 bis, París, 1922), por medio del cual el hecho que se debe probar se sustituye por “hechos vecinos y conexos, de cuya realidad el litigante pide al juez que infiriera, por un rodeo

EL EXAMEN DE LOS GRUPOS SANGUINEOS...

más o menos largo, la realidad de los hechos que él habría querido pero no ha podido alcanzar" (ib.). Lo único que podemos conocer, por testimonios fehacientes, es el matrimonio, el concubinato notorio o las relaciones amorosas del presunto padre con la madre, en el período en que la concepción tuvo lugar, y de ahí inferir las relaciones sexuales y la fecundación.

Este razonamiento que "va de lo singular a lo singular", como dice Goblot (*Tratado de Lógica*, Madrid-Buenos Aires, 1929), —p. 257), en virtud del cual construimos "el hecho desconocido con los hechos conocidos", "es imposible sin el auxilio de los principios generales, pues las operaciones constructivas no deben contener nada de arbitrario y únicamente las verdades generales pueden suministrarle reglas" (ibidem). La dificultad está, al aplicar ese razonamiento a las investigaciones judiciales, en que nuestra experiencia de la vida social es pobre y las relaciones que nacen de la convivencia humana son demasiado complejas, por lo que nuestros juicios tienen que ser, en esta materia, muy falibles, pues el mismo autor advierte que "la certidumbre de las deducciones decrece a medida que aumenta la desproporción entre la pobreza de nuestro saber y la complejidad de lo real" —(Op. cit., p. 258).

Por otro lado, esos elementos de la filiación que pueden llegar al conocimiento del juez se basan, casi exclusivamente, en el testimonio humano, que es también una fuente indirecta de conocimiento, que no vale de por sí sino como consecuencia de su crítica, que se reduce a esta "regla única: la verdad del hecho testimoniado debe ser la única explicación posible de la existencia del testimonio". (Op. cit., p. 259).

La afirmación del supuesto padre vale como testimonio de las relaciones sexuales con la madre, pero tampoco es una prueba completa de la filiación paterna, pues descansa exclusivamente en la fe que tiene el declarante, al hacer esa declaración, en la fidelidad de su compañera. No es imposible que esa fe haya sido defraudada, aunque lo sea de manera excepcional.

8.— Organización legal del proceso de la prueba jurídica

Sin merecer tacha de arbitrariedad, el jurista, sea al formular las reglas de la prueba o al aplicarlas, se ve forzado a sustituir la certidumbre absoluta por probabilidades tan verosímiles que no dejan en su espíritu ninguna duda razonable. La experiencia de la vida jurídica ha conducido así al establecimiento de dos sistemas de prueba: uno, que podríamos llamar

CARLOS ALVAREZ MORALES

principio (*prima facie avidence*, del derecho anglosajón), y el otro, irrefragable. Por medio del primero, el legislador interviene para erigir en prueba satisfactoria la reconstrucción de circunstancias características de un hecho normal, y reserva a la parte adversa la posibilidad de demostrar que, en la especie, la situación litigiosa es anormal y debe considerarse como una excepción de la regla, y que los hechos han ocurrido de otro modo. Otras veces esa prueba contraria es descartada, por consideraciones de interés social (prueba irrefragable).

El legislador, al organizar la prueba de la filiación, ha observado una política compleja, que se caracteriza por el deseo de facilitar la prueba en unos casos, y de entorpecerla o prohibirla en otros. El criterio determinante de esa política es el interés social. Así, facilita la prueba de la filiación legítima materna, declarando como suficiente el acta de nacimiento para probar el alumbramiento de la madre, por tratarse de un hecho público en el cual no hay interés, en la inmensa mayoría de los casos, de ocultación ni de fraude. Sin embargo, autoriza la prueba contraria, sujeta a la condición de que haya un principio de prueba a la condición de que haya un principio de prueba que la haga verosímil. Facilita aún más la prueba de la filiación legítima paterna, creando la presunción *pater est quem nuptiae demonstrant*; pero restringe la prueba contraria a aquellos casos en que ella puede conducir a la evidencia, negándola cuando sólo da margen a procesos escandalosos e inconcluyentes, como el que reposaba en el viejo procedimiento del congreso (de médicos, enfermeras y de más expertos) en los casos de importancia natural.

En la debatida cuestión del carácter de la filiación que el legislador atribuye al hijo concebido antes y nacido dentro del matrimonio, en vista de que la ley no declara si es legítimo o legitimado (art. 314), el legislador, ponderando todos los intereses envueltos y teniendo en cuenta la actitud del futuro marido, con el fin de "asegurar la dignidad del matrimonio y la unidad de la familia", atribuye al hijo cuya filiación ha sido establecida en esas circunstancias, el carácter de la legitimidad, en lugar del de la legitimación, excluyendo "la indagación de elementos siempre dudosos de una filiación paterna irregular" (F. GENY, S. 1890. I. 260, nota, primera columna *in fine*); procedimiento técnico que asegura soluciones sociales satisfactorias.

En la filiación natural, por el contrario, nuestro legislador ha dejado en casi toda su fuerza el principio de la libertad de la prueba. Así, la filiación materna se considera un simple hecho,

EL EXAMEN DE LOS GRUPOS SANGUINEOS...

que se prueba por el nacimiento. En la prueba de la filiación paterna, el legislador atribuye al reconocimiento el carácter de una prueba primaria completa, sujeta a contestación, y la acción en indagación de la paternidad la limita en muchos de sus aspectos.

Por otro lado, no debe olvidarse que la prueba judicial, aunque no esté reglamentada por reglas legales, tiende a conformarse a los principios del derecho positivo y a las exigencias propias del ordenamiento jurídico, en razón de que el derecho no es una disciplina meramente abstracta y que el jurista está en la alternativa del hombre de acción, en quien abstenerse es ya una forma de decidirse.

9.— La filiación como hecho sujeto a la prueba histórica y como hecho sujeto a la observación directa

Langlois y Seignobos, en una obra que es ya clásica (*Introduction to the Study of History*, Londres, edición 1898), han introducido la distinción entre lo que ellos llaman "prueba histórica" y la prueba por la observación directa. "Los eventos"—dice (*Op. cit.*, p. 63)—"pueden conocerse empíricamente sólo de dos maneras: por la observación directa, mientras ocurren, o indirectamente, por el estudio de las huellas que ellos dejan. Tomad, por ejemplo, un terremoto: tengo un conocimiento directo de él si estoy presente cuando ocurre, y un conocimiento indirecto cuando, sin haber estado presente, observo sus efectos físicos o, después de haber desaparecido esos efectos, leo una descripción escrita por alguien que ha presenciado el fenómeno o sus efectos. La peculiaridad de los hechos históricos" es que son conocidos solamente por la ayuda de sus huellas". Y más adelante agregan: "Estas huellas, es cierto, son observadas directamente por el historiador; pero, después de esto, él no tiene más nada que observar; lo que queda es obra del razonamiento, en el que se consagra a inferir, con la mayor exactitud posible, los hechos por sus huellas". Finalmente estos autores concluyen: "El carácter histórico no está en los hechos sino en la manera de conocerlos" (*Ibidem*, p. 64, texto y nota).

La filiación, hecho biológico, sólo puede conocerse de la manera indirecta propia de los hechos históricos, por el testimonio humano. Ese testimonio es asimilado a una observación, pero difiere de la verdadera observación científica en diversos aspectos esenciales. El verdadero observador, advierten Langlois y Seignobos (*Op. cit.*, p. 68, en nota), "procede de acuerdo

CARLOS ALVAREZ MORALES

con reglas fijas y expresa su informe con un lenguaje de rigurosa precisión. El testigo, en cambio, observa sin método y relata con un lenguaje impreciso; no se sabe tampoco si tomó las necesarias precauciones". Los sabios autores concluyen con esta sentencia, que puede aplicarse también al testimonio judicial: "Es un atributo esencial de los documentos históricos que ellos llegan a nosotros como el resultado de un trabajo hecho sin método ni garantías".

En medio de las incertidumbres posibles de la prueba legal de la filiación, el descubrimiento de los grupos sanguíneos constituye un aporte, al proceso de esa prueba, de un medio científico de investigación, en el cual la observación hecha en el laboratorio de la sangre actual del hijo y de sus presuntos padres puede conducir, en algunos casos, a conclusiones categóricas.

PRIMERA PARTE

DEL VALOR CIENTIFICO DEL EXAMEN DE LOS GRUPOS SANGUINEOS

CAPITULO I

LEYES DE LA HERENCIA

10.— Gregorio Mendel y sus descubrimientos

En 1886 Gregorio Mendel, abate del Monasterio de Brunn, en Checoslovaquia, tras larga experimentación en distintas plantas, hizo descubrimientos que fueron el origen de la nueva ciencia biológica denominada genética que, aplicada a la herencia de los distintos grupos sanguíneos, sirve de base al experticio empleado recientemente en los procesos sobre filiación.

Los experimentos de Mendel no fueron conocidos sino después que sus escritos fueron traducidos al inglés por el profesor W. Bateson, en 1902.

Por una extraña coincidencia, varios científicos, trabajando por separado, redescubrieron en 1900 los principios establecidos por Gregorio Mendel 34 años antes. Estos científicos fueron De Vries (holandés), Correns (alemán) y E. Von Tschermak (austríaco).

Dada la importancia que tiene para nuestro estudio, consideramos necesario hacer un breve resumen de las principales

EL EXAMEN DE LOS GRUPOS SANGUINEOS...

observaciones hechas por Mendel, comúnmente conocidas como leyes de Mendel o de la herencia.

Mendel comprendió la necesidad de hacer experimentos cuantitativos con un gran número de plantas en relación con características fácilmente reconocibles. Después de tratar con pares de características simples (como matas altas y bajas, semillas amarillas y semillas verdes, guisantes lisos y corrugados), formuló su primera ley, llamada ley de la pureza de los gametos o ley de la segregación, según la cual cualquier gameto (célula reproductiva masculina o femenina) puede conducir al "gene" determinante de solo un par de características alternativas.

11.— Ley de la segregación

Una de las primeras experimentaciones de Mendel consistió en combinar dos plantas con dos características contrastadas, la combinación de una planta de flores rojas con otra planta de flores blancas. El resultado fué que en la primera generación de híbridos todas las plantas resultaron de flores rojas, es decir, que la característica de uno de los padres había desaparecido por completo, exteriormente a lo menos.

Pero estos híbridos, al cruzarse entre sí, daban hijos, en la segunda generación, de flores rojas y de flores blancas, siempre en la proporción de 3:1, tres para el carácter que aparecía constante en la primera generación y uno para el que había desaparecido en los primeros hijos. Mendel designó el carácter que aparecía uniformemente en la primera generación como **dominante** o **prevaleciente** y al que permanecía oculto como "recesivo" (retornante). Los que poseen el carácter "recesivo", en la segunda generación, son de herencia pura, dando siempre hijos iguales a sí mismos; los que poseen el carácter dominante tienen una herencia pura, y los otros dos mantienen el carácter híbrido de los de la primera generación.

En la tercera generación de estos últimos se observa igual proporción, y, por lo tanto, habrá plantas de flores rojas puras, de flores rojas híbridas y de flores blancas puras, en la relación 1:2:1.

Según el concepto de Mendel, el gene que produce el factor "recesivo" está presente en el híbrido, y no se manifiesta por estar encubierto por el dominante; después de haber permanecido oculto e íntimamente ligado al primero, se **segrega**, para

CARLOS ALVAREZ MORALES

reaparecer en la segunda filial, dando esto lugar a la primera ley de Mendel o sea la ley de la segregación.

Una variante de esta ley ocurre cuando los caracteres son de igualdad de dominancia, como ocurre en el dondiego, en que una variedad de flores rojas y una variedad de flores blancas, al cruzarse, producen hijos de color intermedio, tomando características de uno y otro, o sean flores rosadas. Si se cruzan entre sí estos híbridos de flores rosadas se tendrán tipos de flores rojas, de flores rosadas y de flores blancas en la proporción 1:2:1, respectivamente.

12.— Ley de la recombinación independiente de los factores hereditarios

Otro de los experimentos de Mendel consistió en combinar dos plantas con dos pares de características contrastadas, cruzando una planta de semillas amarillas y lisas con otra de semillas verdes y arrugadas; lo que le condujo al descubrimiento de una segunda ley, llamada de la recombinación independiente de los factores hereditarios.

Conforme a esta ley las características de liso y arrugado se mezclan independientemente con las características de verde y amarillo y esto da por resultado, en la segunda generación, semillas amarillas lisas, amarillas arrugadas, verdes lisas y verdes arrugadas en la proporción de 9:3:3:1.

Podemos observar que en este caso la característica amarilla aparece 12 veces, la característica lisa también aparece 12 veces, la característica verde aparece 4 veces y la arrugada también 4 veces; lo cual significa que, aún en caso de mezclarse varios caracteres, los dominantes conservan, en relación con los "recesivos", la proporción 3:1 (12:4), tal como lo vimos al examinar la ley de la segregación. En este caso las características amarillas y lisas son dominantes sobre las verdes y arrugadas, que son "recesivas".

13.— Leyes de la herencia en el hombre

Hemos querido hacer un breve resumen de las leyes de la herencia descubiertas por Mendel antes de estudiar los descubrimientos de los grupos sanguíneos, porque son esas mismas leyes las que sirven de base a la determinación de la filiación por medio del examen de la sangre.

EL EXAMEN DE LOS GRUPOS SANGUINEOS...

Aunque el objeto del presente trabajo es jurídico, la relación entre la ciencia y el derecho es tan evidente en los casos de filiación, que no es posible entrar en el estudio jurídico del problema sin un examen, aunque sea somero, del aspecto biológico. Para un estudio más extenso de esta materia nos referimos, particularmente, a la interesante monografía del Doctor José de Js. Alvarez, "Exclusión de paternidad por medio de los grupos A, B y O, los factores M y N, los 8 subtipos de Rh y Hr. (presentación de casos ventilados en la justicia de Santiago, Rep. Dom.)", Santiago, República Dominicana, 1948. El Dr. Alvarez es miembro de la Sociedad Internacional de Hematología, de la American Society of Human Genetics y de la American Academy of Forensic Science.

Se ha podido demostrar, tras larga investigación que, en el hombre, los factores de la herencia obedecen a las leyes que Mendel descubrió en las plantas. Así, en el color de los ojos, el pardo es considerado dominante (R. Ruggles Gates, *Human Genetics*, vol. I, Macmillan, New York, 1948). Dominante parece ser también el cabello rizado, y "recesivo" el cabello liso. (Aram Scheinfeld, *You and Heredity*, New York, 1939. Cap. XVI, p. 87 y sig).

También hay defectos y enfermedades que aparecen como dominantes o como "recesivos", tales como las anormalidades en el número y forma de los dedos de las manos y de los pies, que casi siempre son dominantes en condiciones normales; varios defectos de la vista, como catarata; ciertas sorderas congénitas; anormalidades de la piel, de los cabellos y de las uñas. Otras características hereditarias se deben a factores múltiples, tales como la pigmentación del cabello y de la piel, la estatura y las proporciones de los miembros.

Hay otros factores de herencia que se denominan ligados al sexo, porque los genes que los transmiten se encuentran localizados en los cromosomas sexuales. Por ejemplo, algunas cualidades que, aunque normalmente sólo se encuentran en el sexo masculino, son heredadas a través de la madre, a pesar de que ella misma no queda afectada, como ocurre en la ceguera de colores, hemofilia y atrofia del nervio óptico.

Los hechos producidos por esa herencia ligada al sexo revelan claramente, aún al más ignorante, que la apariencia exterior a menudo no da ninguna idea de la herencia, que depende de la naturaleza particular de las células gérmenes. Los padres de un albino pueden tener pelo y piel con pigmentación natural, pero ambos llevan gemetos en los cuales faltan la capacidad para formar pigmentos.

CARLOS ALVAREZ MORALES

CAPITULO II

GRUPOS SANGUINEOS

14— Grupos A, B y O

Con el descubrimiento de los grupos sanguíneos A y B por Karl Landsteiner en 1901, se iniciaron nuevas posibilidades para aplicar las leyes de la herencia de Mendel. En efecto, pocos años después, en 1908, se produjeron los primeros reportes sobre la herencia de los grupos sanguíneos por Ottenberg y Epstein, pero fueron sobre todo Von Dungern y Hirszfild quienes demostraron en 1910 que la herencia de los grupos A y B se produce como la de un simple dominante mendeliano.

Según esta teoría, los grupos de Landsteiner se transmiten por medio de dos pares de genes alelomorfos (par de caracteres contrastados) localizados en dos pares de cromosomas diferentes (pares Aa y Bb).

Bernstein, sin embargo, demostró en 1924 que esta teoría no concordaba con los datos estadísticos y propuso otra, la de herencia de los grupos sanguíneos por medio de tres pares de genes alelomorfos localizados en el mismo par de cromosomas, los genes A, B y O (Los genes A y B son igualmente dominantes y el gene O es "recesivo" sobre los otros dos). En la actualidad todos los autores están de acuerdo con la teoría de Bernstein.

De la combinación de estos tres genes resultan seis genotipos: uno OO para el grupo O; dos para el grupo A, uno homocigote AA y otro heterocigote AO; dos también para el grupo B, uno BB y otro BO, y unos heterocigote AB para el nuevo grupo AB.

El conocimiento de estos genotipos es indispensable para la determinación de la paternidad.

Siendo los aglutinógenos A y B dominantes mendelianos, no pueden aparecer en la sangre de un niño a menos que estén presentes en uno o en ambos progenitores. Si un progenitor pertenece al grupo AB, producirá gametos A y B; por lo tanto, no podrá tener hijos del grupo O. Del mismo modo, si un progenitor pertenece al grupo O, no podrá tener hijos del grupo AB. Los estudios estadísticos de miles de familias han probado la exactitud de la teoría de Bernstein; ella también ha quedado comprobada por el estudio de la frecuencia de los genes.

El descubrimiento de los subgrupos A2 y A2B agrega otro gene a los ya conocidos o sean el gene A2, resultando de estas combinaciones diez genotipos para los seis subgrupos A1, A2,

EL EXAMEN DE LOS GRUPOS SANGUINEOS...

A1B, A2B, B y O. Esta teoría de los grupos sanguíneos por medio de cuatro genes alelomorfos se debe a Thomsen, Friedenrich y Worsaae.

15— Factores M y N

En 1927 Landsteiner y Levine descubrieron la existencia de dos nuevos aglutinógenos que ellos denominaron M y N. Las sangres humanas se pueden clasificar en tres tipos diferentes de acuerdo con el o los aglutinógenos de esta clase que contengan: tipo M para las que contienen solamente el aglutinógeno M; tipo N para las que contienen el aglutinógeno N; y, tipo MN para las que tienen los dos. En otras palabras, los tipos M y N son dominantes y actúan también conforme a la ley de Mendel a que hemos hecho referencia más arriba.

Los tipos M y N tienen importancia para la medicina legal y en especial en los casos de investigación de la filiación, pues si a los seis grupos antes indicados agregamos estos tres nuevos, se podrán hacer 18 clasificaciones de sangres humanas. De acuerdo con esta teoría tenemos las dos siguientes leyes que sacamos de Wiener (*Blood Groups and Transfusion*, 3a. ed., C. C. Thomas, Springfield, Illinois, 1947):

“Primero: el aglutinógeno M no puede aparecer en la sangre de un niño a menos que esté presente en la sangre de uno o ambos padres. La misma regla es válida para el aglutinógeno N”.

“Segundo: un progenitor de tipo M no puede dar hijos de tipo N, y del mismo modo, uno de tipo N no puede engendrar hijos de tipo M. Esto se deduce del hecho de que un individuo de tipo M es de genotipo MM, consecuentemente sólo puede producir gametos con el gene M. Cada hijo de este progenitor tendrá obligatoriamente por lo menos un gene M, no pudiendo por lo tanto pertenecer al genotipo NN (tipo N.) El mismo razonamiento se puede emplear para la otra combinación”.

No se ha encontrado hasta la fecha una sólo excepción, debidamente comprobada, a las leyes de la herencia de los tipos M y N en un estudio de más de 15,000 niños; por lo tanto pueden emplearse los tipos M y N en la exclusión de paternidad sin ninguna reserva.

16— Factores Rh- Hr

Landsteiner y Wiener, en 1937, inyectando sangre del mono Rhesus a conejos, con idea de estudiar la evolución de los factores M y N, encontraron que el suero de estos conejos inmuni-

CARLOS ALVAREZ MORALES

zados aglutinaba los glóbulos rojos del 85% de los hombres de raza blanca. De esta manera descubrieron un nuevo factor, que ellos llamaron Rh, por las dos primeras letras del mono Rhesus; descubrimiento que dieron a conocer en el 1940. A partir de ese año se han sucedido una serie de descubrimientos importantes con respecto a este factor.

No importa a los fines del presente trabajo señalar el desenvolvimiento de estos descubrimientos. Basta decir que con la aplicación de este nuevo factor y con la gran cantidad de tipos y subtipos que han venido agregándose hasta nuestros días, parece posible conseguir lo que el profesor Leone Lattes, en feliz expresión, llamó la individualidad sanguínea. Es indudable que el factor Rh es el que ha dado una aportación mayor al científico que trata de investigar la filiación, para mencionar una sola de sus múltiples aplicaciones.

Hasta ahora sólo hemos examinado cuáles son los grupos, tipos y factores de la sangre utilizados por el experto que trata de determinar si existe el vínculo de la filiación entre determinadas personas. Sabemos también que el médico-experto aplica las leyes de la herencia tal y como fueron descubiertas por Mendel el siglo pasado, teniendo en cuenta los caracteres dominantes y los "recesivos". Ahora sólo nos queda por determinar cómo realiza el médico el examen y qué resultados puede obtener.

Para hacer un experticio completo, el médico necesita tomar y examinar la sangre de los tres individuos envueltos en el proceso de la filiación: la madre, el hijo y el presunto padre. Sin embargo, podría examinarse únicamente la sangre del presunto padre y la del niño, pero claro está que las posibilidades de exclusión quedarían reducidas. Así, por ejemplo, si sólo se examina la sangre del niño y la del presunto padre, y la del primero es A y la del segundo O, es posible que la madre pudiera ser A, y por lo tanto el examen no sería concluyente; pero si la sangre del niño es O y la del presunto padre AB, siendo dominantes estos dos caracteres, necesariamente ambos o uno de ellos ha de encontrarse en un hijo de esa persona, y como en la sangre del niño del ejemplo no hay ninguno de esos caracteres, la exclusión resulta necesariamente, aún sin examinar la sangre de la madre.

EL EXAMEN DE LOS GRUPOS SANGUINEOS...

CAPITULO III

RESULTADOS POSIBLES DEL EXAMEN DE LOS GRUPOS SANGUINEOS

17.— Condiciones de la exactitud del peritaje

Antes de pasar a examinar las aplicaciones que ha tenido el examen de los grupos sanguíneos en la jurisprudencia de nuestro país y de otros países del mundo, es imprescindible estudiar los resultados que pueden obtenerse del peritaje médico.

Examinada la sangre de la madre, del niño y del presunto padre, la comparación de los grupos sanguíneos determina si el presunto padre **puede ser o no puede ser** padre del niño. Las dos conclusiones que resultan del examen son, pues, exclusión de paternidad o no-exclusión de paternidad.

Con el examen de la sangre nunca puede llegarse al resultado afirmativo de la existencia de una filiación materna o paterna.

El examen de la sangre ha de ser, desde luego, correcto, exacto, infalible. Sidney Schatkin, en su obra "**Disputed Paternity Proceedings**", p. 155 y s., New York, 1947 enumera las siguientes condiciones como imprescindibles para determinar la exactitud del peritaje:

- a) Debe ser conducido por un patólogo calificado y altamente competente;
- b) La identidad de la madre, del niño y del padre alegado debe comprobarse;
- c) El examen ha de ser completo, y para ello debe incluir un examen de los grupos A, B y O, así como de los factores M y N y los subtipos Rh-Hr;
- d) El serum usado ha de ser de buena calidad y con la potencia requerida;
- e) Toda fuente de error, ya sea del serum usado o de la técnica empleada, debe eliminarse;
- f) El patólogo debe verificar y volver a verificar el resultado, principalmente en un caso de exclusión de paternidad.

18.— Casos de exclusión de paternidad

Un comentarista de **Iowa Law Review**, al analizar la fuerza probatoria de un caso de exclusión de paternidad, dice lo siguiente:

CARLOS ALVAREZ MORALES

“El testimonio, no discutido, del experto que niega la paternidad es concluyente. Si se duda de la capacidad del experto o de la integridad de su carácter, otros expertos pueden realizar nuevos exámenes hasta que se pueda demostrar su exactitud. En este caso, establecido esto, un sólo resultado es científicamente posible, y el tribunal que pretendiera fallar en forma contraria incurriría en un absurdo”.

En efecto, basta recordar que los grupos sanguíneos se fijan en los hijos siguiendo las mismas leyes de la herencia descubiertas por Mendel. De acuerdo con este principio, podemos resumir algunos de los postulados en que se basa el examen de los grupos sanguíneos.

1º.— Los aglutinógenos A, B, M, N, rh'rh'', RhO, Hr' y Hr'' no pueden tener hijos Rh1Rh1 ó rh'rh'; o más simplemente, presentes en la sangre de uno o ambos progenitores.

Estos aglutinógenos son dominantes mendelianos. Un carácter dominante no puede estar presente en un hijo si está ausente en ambos padres. Así, por ejemplo, en el carácter contrastado flor roja, flor blanca, en una planta, si el color rojo es dominante sobre el blanco, ninguna flor roja podrá surgir de una plantación de flores blancas, en cambio flores rojas heterocigotas podrán tener hijas blancas por ser éste su carácter “recesivo”. De la misma manera un matrimonio donde ambos padres son de grupo A pueden tener un hijo de grupo O, pero si ambos son de grupo O no pueden tener un hijo A, por ser A dominante y O “recesivo”.

2º.— Un padre de grupo O no puede tener un hijo AB y del mismo modo uno AB no puede tener un hijo O. Si uno de los padres es O, producirá gametos O, el hijo tendrá por lo menos un gene O, no pudiendo ser de grupo AB, genotipo AB. Si uno de los padres es AB, producirá gametos A y B, el hijo tendrá por lo menos un gene A o uno B, no pudiendo ser de genotipo OO, grupo O.

3º.— Un progenitor de tipo M no puede tener un hijo N y del mismo modo uno N no puede tener un hijo M. Esto se deduce de que un progenitor M tiene como genotipo MM, consecuentemente sólo puede producir gametos M. Cada hijo de este progenitor tendrá obligatoriamente por lo menos un gene M, no pudiendo por lo tanto ser genotipo NN, tipo N. El mismo razonamiento se puede emplear para la otra combinación.

4º.— Padres de tipos Rh1Rh1 y rh'rh' no pueden tener hijos de tipos Rh2, RhO, rh'' o rh; y padres Rh2, RhO, Rh'' y rh no pueden tener hijos Rh1 IRh1 o rh' rh'; o más simplemente, pa-

EL EXAMEN DE LOS GRUPOS SANGUINEOS...

dres Hr' negativos no pueden tener hijos rh' negativos y padres rh' negativos no pueden tener hijos Hr' negativos.

En efecto si un padre es rh' negativo es homocigote para el hr', por lo tanto sus hijos tendrán por lo menos un gene hr', no pudiendo ser negativos para este antígeno e inversamente.

5º Similarmente, padres de tipo Rh2Rh2 y rh''rh'' no pueden tener hijos de tipo Rh1, Rho, rh' ó rh y padres Rh1, Rho, rh' o rh no pueden tener hijos Rh2Rh2 ó rh''rh''; o más simplemente, padres hr'' negativos no pueden tener hijos rh'' negativos y padres rh'' negativos no pueden tener hijos hr'' negativos.

19.— Casos de no-exclusión de paternidad

En los casos de no exclusión, por el contrario, el examen de los grupos sanguíneos no debe considerarse nunca como prueba, ya que si el presunto padre puede efectivamente ser el padre del niño, igual sucede con otros hombres, algunos de los cuales es posible que hayan tenido relaciones con la madre.

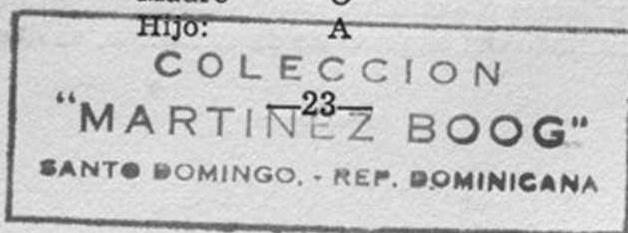
Sin embargo, aún en estos casos, los resultados obtenidos no deben ser siempre interpretados en la misma forma. A este respecto debemos citar nuevamente al Doctor José de Js. Alvarez en otra monografía publicada en 1951, intitulada "Aplicaciones Médico-Legales de los grupos sanguíneos en la República Dominicana" (p. 21 y ss.).

20.— Proporción de los grupos sanguíneos en el conjunto de de la población dominicana

Se ha comprobado, por los datos estadísticos, que los grupos sanguíneos se encuentran distribuidos, en la población de un país, en ciertas proporciones. Así, por ejemplo, el Doctor José de Js. Alvarez ha formulado una tabla de distribución de los diversos grupos sanguíneos en la República Dominicana. Por medio de esta tabla, puede determinarse la probabilidad de exclusión y, por consiguiente, de no-exclusión en un caso dado. Tomemos como ejemplo el caso número 89 de los 100 presentados por el Dr. Alvarez en 1950 (obra últimamente citada, mencionada en la pág. 12 y analizado en las págs. 22, 23 y 24).

1º.— Examen por el grupo A, B y O.

Acusado	A
Madre	O
Hijo:	A



CARLOS ALVAREZ MORALES

- 29.— Examen de los factores M y N
Acusado: N
Madre: MN
Hijo: N
- 30.— Examen por los subtipos Rh-Hr.
Acusado: Rh2
Madre: Rh1rh
Hijo: Rh1Rh2

L. Hirszfeld y F. Milgrom, en un artículo publicado en la *Revue d' Hematologie* (t. IV, n. 1, 1949, dan estas reglas para calcular las probabilidades de exclusión:

1º.— La probabilidad de exclusión de la paternidad puede ser medida por la probabilidad de aparición de los grupos sanguíneos a los cuales no puede pertenecer el padre;

“2º.— Cuando se trata de dos propiedades diferentes, que se heredan independientemente, la probabilidad de exclusión es igual a la suma de las frecuencias de cada una de estas propiedades, menos la frecuencia de su aparición común, expresada en porcentaje”.

Aplicando estas reglas al mencionado caso No. 89, el Dr. Alvarez encontró la proporción siguiente: 95.31% de exclusión y 4.69% de no-exclusión; es decir, que de los 100 hombres tomados al azar en la población dominicana existe la probabilidad de encontrar 95 que no pueden ser padre y 5 que pueden serlo.

Ahora bien, los diversos exámenes de la sangre del acusado revelaron que esa sangre no entraba en ninguno de los grupos de los 95 hombres excluidos sino en el grupo de los 5 hombres que podían ser padres del menor; lo cual, si no es una prueba de que el acusado es el padre, proporciona un grave indicio que, unido a los demás indicios de la causa, puede producir la convicción del juez.

21.— Casos de no-exclusión con gran probabilidad de exclusión

En los casos del párrafo que antecede, la no exclusión puede tomarse como indicio de paternidad, porque el cálculo de las probabilidades indica que al mayor porcentaje de hombres de la población, no pueden ser padres del niño, produciendo consecuentemente, una probabilidad favorable de paternidad con respecto al presunto padre que el juez podría tener en cuenta en la apreciación del conjunto de las pruebas aportadas.

Ahora pasamos a examinar casos contrarios, en que, a pesar de que el resultado del examen no da exclusión, es decir, a pesar

EL EXAMEN DE LOS GRUPOS SANGUINEOS...

de existir teóricamente la posibilidad de que el presunto padre sea realmente el padre del niño, esa posibilidad es tan remota que equivale casi a una exclusión.

Teniendo en cuenta estas circunstancias, el profesor Wiener, en una tabla publicada por él y copiada por Schatkin (*Disputed Paternity Proceedings*, p. 145 y ss.), señala todas las posibles combinaciones de padres en los grupos Rh-Hr, y muestra no sólo los casos en que, teniendo el niño ciertos grupos sanguíneos, resulta exclusión de paternidad o no-exclusión, sino también los casos en que, a pesar de haber no-exclusión, el parentesco es "altamente improbable", debido a lo difícil y poco común de las combinaciones sanguíneas en esos casos, por lo que el juez, tomando en cuenta estos resultados del peritaje puede edificar mejor su convicción sobre la totalidad de las pruebas circunstanciales.

22.— Casos de no-exclusión en los cuales existe gran probabilidad de paternidad

No nos referimos aquí a los casos tratados en el número 20, cuando la proporción de los grupos sanguíneos en la población aporta graves indicios de paternidad; aludimos a los otros casos especiales, muy raros, también de no exclusión, pero en los cuales la presencia de ciertos tipos o grupos de sangre en el niño y en el presunto padre, hacen pensar en que éste es el verdadero padre del niño. A este respecto nos dice el Dr. Alvarez:

"Existen casos excepcionales en los cuales se puede, casi en una forma absoluta, afirmar la paternidad".

HIPSFELD (Op. cit.), cita un caso que ilustra perfectamente la hipótesis a que nos estamos refiriendo. El niño pertenecía a un subgrupo de A muy raro, al A4; esta misma propiedad se encontró en el acusado y en el hermano del acusado. Según este autor, en la población polaca, donde se presentó el caso, los subgrupos A4 se encuentran en la proporción de uno por 1,000; la probabilidad de encontrar una propiedad tan rara en dos individuos a la vez es de 1:1,000 por 1:1,000, ó sea un millón.

A este respecto parece oportuno reproducir la siguiente observación de Edmundo Goblot (Tratado de Lógica, Madrid-Buenos Aires, 1929, p. 258, al describir la demostración indirecta).

"El razonamiento puede por aproximaciones sucesivas, reducir cada vez más el campo de las suposiciones posibles. El culpable ve desvanecerse uno por uno sus medios de defensa; y muchas veces el fin de la instrucción no es tanto demostrar su cul-

CARLOS ALVAREZ MORALES

pabilidad, como reducirla a la necesidad de la confesión. Se trata de una dialéctica, más bien que de una lógica; una lucha entre dos inteligencias, una de las cuales experimenta los recursos de la otra, y la primera triunfa cuando la segunda cesa de resistir”.

SEGUNDA PARTE

DEL EXAMEN DE LOS GRUPOS SANGUINEOS SEGUN EL DERECHO VIGENTE EN LA REPUBLICA DOMINICANA

CAPITULO I

DISPOSICIONES LEGALES QUE HACEN INADMISIBLE EN CIERTOS CASOS LA PRUEBA DE LA FILIACION POR MEDIO DEL EXAMEN DE LOS GRUPOS SANGUINEOS

23.— Reglamentación de la prueba de la filiación

La prueba de la filiación por medio del examen de la sangre es un procedimiento completamente moderno, que ha adquirido su importancia actual en los últimos veinte años. En Francia, la primera sentencia mencionada en los repertorios data de 1935. En otros países este método se usaba desde antes, pero en la República Dominicana se empleó por primera vez en el año de 1946. Por esta razón nuestro legislador no ha tenido la oportunidad de hacer mención de este nuevo medio de prueba.

En presencia de este silencio del legislador, ¿qué debe decirse? Rige en nuestro derecho, cuando se trata de hechos materiales, el principio de la libertad de pruebas, a menos que la ley expresamente la prohíba o limite en alguna forma.

En la filiación hay casos en que el legislador deja a las partes en plena libertad para probar los hechos que alegan. Parece evidente que, en estos casos, siendo la prueba libre, ilimitada, cualquiera de las partes podrá pedir y obtener el examen de la sangre, si considera que es útil para justificar sus pretensiones: la circunstancia de que el legislador no haya previsto este medio de prueba, porque lo desconocía, no impide sino, por el contrario, entraña su admisión, siempre que no haya ningún texto legal o principio de derecho que se oponga.

Existen otros casos en que el legislador exige ciertas condiciones previas a la acción o, después de establecidas determina-

EL EXAMEN DE LOS GRUPOS SANGUINEOS...

das circunstancias especiales, prohíbe absolutamente la prueba contraria o la limita, y en esas situaciones el examen de la sangre, a pesar de que pudiera aportar una prueba concluyente, queda implícitamente excluido o sujeto a las condiciones a que la ley subordina la admisibilidad de la acción o el debate sobre el fondo.

El objeto del presente capítulo es enumerar y determinar los casos en que la prueba por los grupos sanguíneos resulta inadmisibles, bien porque el legislador haya prohibido toda clase de pruebas o porque la haya restringido a ciertos medios únicamente. Examinaremos, en una primera sección, la filiación legítima y, en segundo término, la filiación natural.

Sección Primera

FILIACION LEGITIMA

24.— Conformidad de la posesión de estado y el acta de nacimiento

El artículo 322 del código civil contiene una regla de importancia capital en materia de filiación legítima: prohíbe en términos absolutos toda contestación sobre la filiación cuando el hijo tenga una posesión de estado conforme con su acta de nacimiento (RIPERT Y BOULANGER, *Traité Élémentaire de Droit Civil* de M. Planiol, 4a. edic., París, 1948, t. I. n. 1321).

El propósito del legislador al reglamentar de ese modo la filiación legítima es dar mayor estabilidad a la familia. En la gran mayoría de los casos, en efecto, los hijos legítimos se hallan en esa condición, y de este hecho normal, el legislador hace una regla absoluta y una prueba irrefragable, con el fin de impedir procesos casi siempre abusivos, que sólo podrían justificarse por el concurso fortuito de circunstancias muy excepcionales. Podría darse la hipótesis de una suposición de parto o de una sustitución de hijos; esposos sin hijos o con un hijo nati-muerto podrían procurarse otro, declararlo al estado civil con su apellido, educarlo y hacerlo pasar como su hijo. Pero el legislador no se ha detenido ante esta posibilidad remota y su presunción se mantiene irrefragable, porque la ley no hace distinciones, y no podría alegarse ninguna prueba contraria, aunque indudablemente, en estos casos, la prueba de la sangre podría aportar muchas luces y ayudar a la justicia a encauzarse por el camino de la verdad.

CARLOS ALVAREZ MORALES

Comprendiendo los peligros de una aplicación rigurosa del artículo 322, la jurisprudencia y la doctrina francesas han restringido su campo de aplicación, cada vez que las peculiaridades del caso revelan la existencia de un error manifiesto o de un fraude. El caso **Daviero c Ubaldi** (D. C. 1942, J. 85) pone de manifiesto el empeño de los tribunales en evitar que el medio de inadmisión resultante del artículo 322 sea mal interpretado.

En los registros del estado civil se inscribió el nacimiento del niño José Vicente como hijo legítimo de los esposos María Catalina Daviero y Ernesto Ubaldi, a pesar de que para esa fecha, 29 de septiembre de 1928, ya estos esposos estaban, de hecho, separados, y el señor Ernesto Ubaldi vivía en estado de concubinato con otra mujer. La señora Daviero pidió que se le permitiese probar que ella no había dado a luz ese niño, fruto del comercio adulterino de su esposo con su concubina y que, por lo tanto, no era su hijo legítimo. Los demandados, o sean el esposo y el curador del menor, opusieron el medio de inadmisión del artículo 322, alegando que estaba prohibida la prueba de la falta de veracidad del acta de nacimiento o de la falta de veracidad de la posesión de estado, puesto que para aplicar el artículo 322 bastaba probar la existencia de una acta de nacimiento, la existencia de una posesión de estado de hijo legítimo y la conformidad de las mismas. Toda prueba contraria a esa situación aparente resultaba inoperante.

El tribunal civil de Grasse, por su sentencia del 10 de febrero de 1938, acogió esta defensa; pero la Corte de Aix, el 25 de noviembre del 1940 consideró que Juan Vicente no tuvo jamás la posesión de estado de hijo legítimo de la señora Daviero, aunque pudo pasar como hijo legítimo de su esposo en el medio en que estos últimos vivían. La posesión de estado de hijo legítimo, que es un hecho indivisible, resultaba pues contradictoria, insuficiente, inexistente, y no había lugar aplicar el artículo 322. A este respecto hace notar G. Holleaux:

“Se advierte, por este fallo, cuán difícil es observar en la práctica la distinción entre la prueba prohibida de un hecho y la prueba de la creencia en ese hecho. En la realidad, la prueba de la notoriedad de ciertas circunstancias propias a hacer creer en la no-maternidad de la madre aparente, conducirá siempre, aunque no sea más que para colorar esa creencia y distinguirla de una imaginación sin consistencia, a proponer la prueba de los motivos de credibilidad, de razones para creer, en una suposición de parto, lo que es singularmente próximo de la prueba de la no-maternidad” (D. C. 1942, J. 86, 2a. col., a capite).



EL EXAMEN DE LOS GRUPOS SANGUINEOS...

Se ha ideado la hipótesis en que la suposición de parto o la sustitución de hijos se opera después de levantada el acta de nacimiento y antes de los hechos de que resulta la posesión de estado para eludir la aplicación del artículo 322, en razón de la falta de conformidad de la posesión de estado con el acta de nacimiento, por referirse cada una de ellas a personas distintas. Este problema de identidad parece que no ha sido previsto por el legislador, y la doctrina admite la posibilidad de hacer descartar el artículo 322 para permitir el debate libre sobre la filiación. La viuda Pagés fundó su demanda sobre esta doctrina, pretendiendo que su verdadero hijo, nacido el 24 de junio de 1857 y declarado correctamente ante el oficial del estado civil, había sido sustituido después por Juan Bordeaux, al morir su propio hijo el 31 de agosto del mismo año. El tribunal civil del Sena, por su sentencia del 3 de marzo de 1890, aceptó en principio la posibilidad de autorizar la prueba de la alegada sustitución, pero se negó a ordenarla, por los motivos siguientes:

“Que para decidir” —se lee en el fallo (S. 1892. II. 303)— “si esta prueba debe ser autorizada, se debe apreciar el conjunto de los hechos articulados y cada uno de ellos separadamente;

“Que no se podría contestar seriamente, en hecho, y además resulta de la correspondencia producida en los debates, que la viuda Pagés y su hija han tratado al demandado, hasta ahora, como su hijo y su hermano, y que estas calidades no le fueron contestadas sino el día en que reclamó sus derechos en la sucesión de Pagés, quien tampoco lo había tratado como su hijo, pretendiendo la viuda Pagés que su error había durado hasta el día en que una persona desconocida le reveló la muerte de su hijo y la sustitución que se hizo en esa ocasión;

“Que ese relato no tiene ningún carácter de verosimilitud y no puede ser verificado por haber desaparecido el supuesto revelador; que la viuda Pagés se limita a articular que su marido y los parientes de él fueron los verdaderos autores del fraude, sin explicar de manera plausible el interés que ellos habrían tenido en cometer un acto castigado con penas criminales ni los medios que habrían empleado para determinar a los esposos Bordeaux a asociarse a su fraude y a incurrir en sus riesgos;

“Que, en estas condiciones, los hechos articulados están, desde ahora, desmentidos o carecen de pertinencia, y que la demanda de la viuda Pagés debe ser rechazada como desprovista de todo fundamento”.

La Corte de París confirmó esta sentencia, adoptando los motivos y agregando este otro:

CARLOS ALVAREZ MORALES

“Que consta, por declaración de la misma viuda Pagés, que el intimado, que ella pretende que sustituyó a su hijo, fallecido éste según ella, el 31 de agosto de 1857, tenía en su cuerpo una señal distintiva y muy aparente; que esta marca característica era de naturaleza a impedir la sustitución que ella alega, puesto que ella la habría comprobado fatalmente tan pronto como el niño presentado mentirosamente como de ella hubiera vuelto a su casa a la edad de tres años”.

Es evidente que el artículo 322 no se aplicaría cuando el debate, sin discutir la filiación, se atuviera al problema de la legitimidad, como ocurrió en el caso *Badoureau c. Casteran*, en que la señora Luisa Badoureau de Casteran, declarada como hija legítima de Federico Badoureau y de María Pitissier, resultó ser el fruto del adulterio de su padre, quien, a la fecha del nacimiento de la citada hija, el 14 de mayo de 1891, estaba casado con la señora María Thomas, pues su divorcio se pronunció el 3 de agosto del mismo año. La Corte de Aix declaró que la señora Casteran no podía invocar la calidad de hija legítima de Federico Badoureau y que el artículo 322 sólo se refería a las contestaciones de estado.

En todos estos casos, en que la jurisprudencia considera que no existe el medio de inadmisión del artículo 322, la prueba de la filiación legítima materna, ya resulte únicamente del acta de nacimiento o de la posesión de estado o se presente en forma de una reclamación de estado, no está sujeta a esa prohibición absoluta, y, en general, todos los medios de prueba pueden ser producidos por cualquiera de las partes, incluso el del examen de los grupos sanguíneos, a reserva de las cuestiones de principio de que se hablará más adelante.

25.— Denegación por la prueba de la no-paternidad

En material de filiación legítima, la paternidad se basa casi exclusivamente en presunciones irrefragables establecidas por la ley. La consecuencia de este sistema es que, en principio, la prueba de la no paternidad se encuentra prohibida y, por consiguiente, el examen de la sangre no puede hacerse judicialmente.

Ya hemos comentado en la introducción la dificultad que existe para probar directamente la filiación paterna y que, por esta razón, el legislador, teniendo en cuenta lo que ocurre en la mayoría de los casos, establece en el artículo 312 que “el hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido”, con lo cual facilita considerablemente una prueba que, de manera

EL EXAMEN DE LOS GRUPOS SANGUINEOS...

directa, es imposible de administrar, porque, como decía el tribunal Lahory al Cuerpo Legislativo en el momento en que se discutía el Código Napoleón, en estas cosas, "la naturaleza no hace, aún a la mujer, más que semiconfidencias" (Citado por COLIN Y CAPITANT, 11a. edición, t. I. p. 341).

La situación normal ocurre cuando la concepción del niño tiene lugar en un momento en que nada dispensa a los esposos de su obligación legal de cohabitación. Conforme a los principios establecidos en el mismo artículo 312, se encuentra en esta situación el niño nacido a los 180 días o más de la celebración del matrimonio ó 300 días o menos después de su disolución, y la presunción de paternidad que de esa situación se deriva no puede caer sino en casos muy excepcionales. La acción tendente a destruir esa presunción se llama acción en denegación. La ley sólo la autoriza en dos casos:

- 1º.— Por imposibilidad física de cohabitación (art. 312);
- 2º.— En caso de ocultación de nacimiento (art. 313).

La prueba de una imposibilidad física de cohabitación puede consistir, según la ley, sólo en el alejamiento o en la impotencia accidental del marido. La impotencia natural ni el adulterio de la mujer pueden servir de base a una acción en denegación (artículo 313).

En el antiguo derecho inglés el alejamiento era muy difícil de probar, puesto que la persona debía encontrarse "fuera de los cuatro mares"; pero este concepto tan restringido ha evolucionado en nuestros días en tal forma que, cuando se prueba el alejamiento real en el derecho inglés, se considera que este alejamiento o falta de cohabitación ha sido continuo, mientras no se aporte la prueba de la presencia real del marido (WIGMORE, *A treatise on the Anglo-American System of Evidence in trials at Common Law*, t. IX. n. 2527).

En el derecho francés ha ocurrido una evolución semejante en el concepto de lo que debe entenderse por alejamiento. En efecto, durante el período legal de la concepción es materialmente posible a todo hombre sobre el planeta trasladarse desde el sitio en que se encuentre al lugar en que reside su mujer, ya que en nuestros tiempos los medios de comunicación son muy rápidos y variados. Por esta razón, se considera que existe el alejamiento cuando el espacio intermediario no ha sido franqueado (RIPERT & BOULANGER, *op. et loc. cit.*, n. 1331). Conforme a esta idea, la Corte de Alger (12 nov. 1866, S. 67. 2.152), admitió la acción

CARLOS ALVAREZ MORALES

en denegación porque el marido residía en Alger, mientras la madre se encontraba en París. El viaje de París a Alger, o viceversa, podía haberse hecho, pero se aportaron pruebas de que ni el uno ni el otro habían salido de sus respectivas residencias. Un caso que podría ocurrir más comunmente es el de que uno de los esposos se encuentre encarcelado, aún en la misma ciudad en que reside el otro, si se demuestra que ellos no se han visto o las visitas que han efectuado han ocurrido en presencia de terceros (V. Trib. de Charleville, 22 oct. 1929, *La Loi*, 28 de jun. 1930).

La otra prueba de la imposibilidad física de cohabitación que puede hacerse es la de la impotencia accidental. Se entiende que hay impotencia accidental cuando materialmente quedan afectados los órganos sexuales como consecuencia de heridas, mutilaciones, operaciones quirúrgicas. Sin embargo la lesión material no tiene que ser exclusivamente exterior, pudiendo deberse a una causa interna (COLIN & CAPITANT, *op. et loc. cit.*, n. 454). La ley no exige que el accidente haya ocurrido después del matrimonio, por lo tanto, se podría admitir como causa de denegación la incapacidad de engendrar proveniente de un accidente anterior a dicha celebración (PLANIOL Y RIPERT, *Traité Pratique*, II, n. 801).

En todos estos casos, al caer la presunción de paternidad, al mismo tiempo se demuestra la no paternidad por una imposibilidad material, y, en consecuencia, el examen de los grupos sanguíneos, aún cuando fuera admisible, resultaría inútil, por ser la prueba del alejamiento o de la impotencia accidental concluyentes de por sí.

El segundo caso de denegación, cuando el nacimiento ha sido ocultado al marido, abre, por el contrario, el debate sobre el fondo, y la ley expresamente autoriza al marido a "justificar que él no es el padre", lo que podría hacer acaso, en la forma más concluyente, si el examen de los grupos sanguíneos revelara su exclusión.

26.— Denegación por simple declaración

La presunción de paternidad no debería aplicarse cuando el niño no ha sido concebido dentro del matrimonio, es decir, cuando su nacimiento ocurre antes de los 180 días de la celebración del matrimonio o después de los 300 días de su disolución. Sin embargo, el legislador ha extendido esa presunción a los casos en que el niño haya nacido dentro del matrimonio pero an-



EL EXAMEN DE LOS GRUPOS SANGUINEOS...

tes de los 180 días de su celebración, y cuando se haya declarado la separación personal de los esposos o haya sido simplemente pedida y el nacimiento ocurre más de 300 días después de dictarse el auto a que se refiere el artículo 878 del código de procedimiento civil, sobre domicilio independiente de la mujer, o antes de 180 días de desestimarse la demanda o haber llegado los esposos a una conciliación.

Esta extensión de la presunción en el primero de los casos citados, cuando el niño nace antes de los 180 días de la celebración del matrimonio, se funda en que el marido ha podido ser efectivamente el padre del niño, por haber tenido relaciones sexuales con su futura mujer; pero esta presunción cae con una simple declaración del marido, en la cual exprese que él no es el padre del niño concebido antes del matrimonio, sin necesidad de producir ninguna prueba. La palabra del marido, en este caso, es creída en forma absoluta, a reserva de que los representantes del niño demuestren la existencia de ciertos medios de inadmisión, limitativamente enumerados por la ley, y que harían recuperar toda su fuerza a la presunción de paternidad, dándole valor irrefragable.

El marido ha podido ignorar el embarazo de la mujer al momento del matrimonio y por esta razón la ley le facilita el medio de sustraerse a los efectos de la presunción de paternidad; pero el artículo 314 del código civil establece que el marido no podrá rechazar la presunción de paternidad cuando haya conocido el estado de embarazo de su mujer antes del matrimonio. Este fin de inadmisión es perentorio: el legislador considera que si un hombre casa con una mujer que él sabe que está embarazada, es porque reconoce que es el autor del embarazo, y, por lo tanto, que el niño nacido es suyo, tanto como el que hubiera sido concebido dentro del matrimonio.

Igualmente el marido no puede denegar al niño nacido antes de los 180 días de la celebración del matrimonio, si ha confesado su paternidad. La ley no ha enumerado todos los casos posibles de confesión y sólo menciona uno, a título de ejemplo; pero la confesión podría resultar también del hecho de que el marido asista a la redacción del acta de nacimiento, firmándola o declarando que no sabe firmar, así como de otros hechos de confesión tácita, tales como la celebración de una fiesta con motivo del bautizo, la participación a los amigos del próximo nacimiento de su hijo. (RIPERT Y BOULANGER, *op. cit.*, t. I, n. 1341).

En los casos en que la presunción de paternidad puede ser desvirtuada por simple declaración del marido, el examen de la

sangre sería superabundante, porque la presunción cae por el sólo hecho de esa declaración. En sentido inverso, si la denegación es inadmisibile, sea por haber conocido el marido el embarazo de su futura mujer o por haber confesado su paternidad, el experticio de los grupos sanguíneos, como cualquiera otra prueba, quedan excluidos por la ley.

La separación personal de los esposos hace cesar la obligación de cohabitación entre ellos, y con ella la razón de ser de la presunción de paternidad; de modo que esta presunción, según resulta del artículo 313 del código civil, puede destruirse por simple declaración del marido, sin necesidad de que aporte ninguna prueba sobre el fondo; pero si se demuestra que los esposos han tenido una unión de hecho, aunque ésta fuera accidental, la presunción subsiste, y, lo que es peor, es irrefragable. En ambos casos, desde luego, no hay lugar al empleo del examen de la sangre ni de ninguna otra prueba de no-paternidad.

27.— Casos en que el debate sobre la filiación está subordinado a un principio de prueba que la haga verosímil

Para comprender mejor las posibilidades de que, en los procesos sobre el estado de la filiación legítima, se emplee el examen de los grupos sanguíneos como medio de prueba, se debe recordar que, en esta materia, el legislador ha organizado un sistema muy complejo e ingenioso, que se subdivide en tres sistemas superpuestos. El primero, relativo a la situación normal, supone la existencia de un acta de nacimiento con sus enunciaciões esenciales; el segundo, a título subsidiario, "a falta de este título", como reza el artículo 320, se funda en la posesión de estado; el tercero, que el legislador considera como excepcional y, por lo mismo, sospechoso, acontece cuando no hay título ni posesión de estado y se trata de investigar la filiación por todos los medios posibles.

Al acta de nacimiento se le ha llamado "el pasaporte que la ley entrega a cada uno de los miembros de la comunidad a su llegada al mundo" (RIPERT y BOULANGER, t. I. n. 1313). Su naturaleza jurídica es la de un testimonio en las mejores condiciones, por referirse a un hecho decoroso y público, presenciado directa o casi directamente y declarado ante un oficial público en una época contemporánea a su acaecimiento. La ley lo considera sincero y exacto y le atribuye plena fe, por lo menos sangre sería superabundante, porque la presunción cae por el nombre del hijo y el de la mujer que lo dió a luz. Poco importa

EL EXAMEN DE LOS GRUPOS SANGUINEOS...

que falte el nombre del padre, porque la ley suple esa omisión, atribuyéndolo al marido. Ni viciaría el acta la circunstancia de que apareciera como hijo de otro hombre, porque la ley no le atribuye ningún valor a esa enunciación. Pero si falta el nombre de la madre en el acta de nacimiento o si se pretende que el nombre atribuido al niño es erróneo, porque, en hecho, se le ha denominado de otro modo, el "pasaporte" carece de eficacia y el que lo invoca no puede decir que tiene un título que justifica su filiación materna (RIPERT y BOULANGER, *op. cit. loc. cit.*, p. 491, n. 1395).

Es posible que dos personas de un mismo nombre invoquen el acta de nacimiento en que figure ese nombre y el de su supuesta madre. Este problema no ha sido previsto por la ley, y la jurisprudencia admite que, a falta de reglamentación y por tratarse de un hecho material, se puede establecer libremente por todos los medios (RIPERT y BOULANGER, *op. et loc. cit.*, p. 342, n. 432).

El acta de nacimiento sólo prueba, directamente, la filiación materna; pero, en virtud de la presunción *pater is est*, la filiación paterna queda establecida de manera indirecta y, casi siempre, irrefragable.

Si el acta de nacimiento está corroborada por una posesión de estado constante, la prueba de la filiación, tanto materna como paterna, es irrefragable (*supra*, n. 24). A falta de esta concordancia, el acta de nacimiento continúa teniendo toda su eficacia, pero se puede contestar su veracidad en cuanto a la madre, a condición de que, previamente al debate sobre el fondo, se establezcan ciertas circunstancias que hagan verosímil la pretensión (artículo 323). El examen de los grupos sanguíneos, por consiguiente, no puede solicitarse sino después de establecida esa verosimilitud (RIPERT y BOULANGER, *op. et loc. cit.*, n. 1367).

Cuando no hay acta de nacimiento en la forma preindicada, la posesión de estado de hijo legítimo, debidamente comprobada, hace prueba completa, también *prima facie*, respecto de ambos padres; pero su veracidad puede ser discutida igualmente, en cuanto a la madre, en las mismas condiciones que el acta de nacimiento.

El caso extraordinario de un niño que no haya sido inscrito en los registros del estado civil o que lo haya sido con nombres erróneos o falsos o como hijo de una mujer no mencionada en el acta, y que además de eso no pueda invocar una posesión de estado de hijo legítimo, requiere las mismas condiciones previas que la ley exige para el que pretende tener un estado con-

COLECCION
"MARTINEZ BOOG"
SANTO DOMINGO. - REP. DOMINICANA

trario al que le da su acta de nacimiento o, a falta de ella, su posesión de Estado. Sin embargo, su posición es aún más frágil, porque, en los dos casos anteriores, el hijo comienza por tener un estado, que se trata de destruir; mientras que, en esta tercera hipótesis, no tiene ni ha tenido ningún estado, por lo cual se explica que la ley no ponga en juego la presunción de paternidad del marido, y tanto este último como su mujer pueden combatir la pretensión del reclamante con toda libertad, independiente, y la jurisprudencia ha llegado a otorgar al marido el derecho de tomar la iniciativa, aún a riesgo de que las investigaciones conduzcan al establecimiento de una filiación adúltera de la madre.

Si a esta acción se la denomina también de denegación, debe recordarse que, aunque el reclamante haya justificado un principio de prueba, el marido podrá defenderse libremente y por todos los medios, al iniciarse el debate sobre el fondo, incluso, desde luego, el del examen de los grupos sanguíneos (art. 325) (RIPERT y BOULANGER, *op. et loc. cit.*, no. 1396 y ss).

Sección Segunda

Filiación Natural

28.— Prueba de la filiación materna

Conforme a las disposiciones originales del Código Napoleón, la maternidad natural podía probarse únicamente por el reconocimiento o por una acción en investigación de la maternidad. Una jurisprudencia constante, en Francia, desde 1872, prohibía que se considerase el acta de nacimiento como prueba completa de la filiación materna, al menos, en los casos en que la identidad era discutida. El acta de nacimiento, aún confirmada por la posesión de estado, no podía equivaler al reconocimiento ni a la declaración judicial (Cass. Civ., 3 abr. 1872, S. 72.I.126).

En el sistema del Código Civil la prueba se desdoblaba en dos cuestiones: la prueba del alumbramiento y la prueba de la identidad. La prueba del alumbramiento se hacía regularmente por el acta de nacimiento (Cass., 1 dic. 1869, S. 70.I.101). A falta del acta de nacimiento, esta prueba podía hacerse por todos los medios.

En cambio, la prueba de la identidad del niño no podía hacerse por medio de testigos, sino "en el caso en que haya un principio de prueba escrita", como expresaba el artículo 341 in

EL EXAMEN DE LOS GRUPOS SANGUINEOS...

fine del Código Civil. Se entendía que esta prueba escrita no tenía que partir necesariamente de la madre, al igual de lo que dispone el artículo 324 en lo que respecta a la maternidad legítima. Sin embargo, el acta de nacimiento, que hace plena fe en lo que respecta al alumbramiento, no puede ser considerada como el principio de prueba escrita requerida por el artículo 341 (RIPERT y BOULANGER, *op. cit.*, t. I. n. 1487).

Nuestra legislación ha introducido algunas modificaciones al sistema del Código Civil, principalmente por medio de la ley No. 985, del 31 de agosto de 1945, la cual expresa en su artículo 2 lo siguiente:

"La filiación natural se establece respecto de la madre por el sólo hecho del nacimiento".

Antes de fijar el alcance de esta disposición, cabe recordar que uno de los principios de nuestro derecho procesal consiste en la libertad de las pruebas cuando se trata de hechos materiales, es decir, que la prueba es libre en todos los casos en que no se encuentre limitada por el legislador.

En la disposición que acabamos de citar, el legislador ha querido restablecer este principio en lo referente a la prueba de la maternidad natural. En efecto, las dos pruebas requeridas para establecer la filiación, esto es, el alumbramiento y la identidad podrán hacerse por todos los medios disponibles. Como es natural, la prueba por medio del examen de la sangre podrá ser pedida y acordada, si se considera útil, en cualquiera de los procesos que pueda originar la investigación de la maternidad natural o la contestación de esta filiación.

Conforme a esta libertad absoluta en la prueba de la maternidad natural, cabe decir que no existe ningún caso en que el examen de la sangre no pueda pedirse para aportar la prueba negativa de la filiación. En la prueba de la maternidad natural no se presentan casos, como en el de la maternidad legítima, en que se prohíba todo modo de prueba, por ejemplo cuando hay una acta de nacimiento y una posesión de estado conformes (artículo 322).

29.— Prueba de la filiación paterna

En el antiguo derecho francés la investigación de la paternidad natural era permitida en todo momento. El único efecto jurídico que producía esta filiación, una vez reconocida, era la obligación de pasar una pensión alimenticia al bastardo. Como la prueba era libre, corrientemente se producían procesos escandalosos en que la acción intentada por la madre tenía su

origen, únicamente, en el deseo de obtener cierta suma de dinero, sin importarle que existieran realmente lazos de sangre entre el niño y el demandado.

La Convención, que reglamentó muy favorablemente la situación de los hijos naturales, en cambio, suprimió por vez primera la investigación de la paternidad, dejando el reconocimiento como única prueba de la paternidad natural.

El Código Civil continuó por el mismo camino trazado por la Convención, admitiendo la investigación de la paternidad solamente para el caso en que la gravidez de la madre hubiera sido precedida de un raptó. La doctrina del siglo XIX trató por todos los medios de extender los casos de investigación de la paternidad. La negativa del legislador se basaba en que existía una imposibilidad de hacer la prueba judicial de la paternidad natural, ya que la filiación legítima se basaba en presunciones que no podían extenderse a este caso. Sin embargo, hay ocasiones en que la atribución de la paternidad natural puede hacerse sin grandes probabilidades de error, como lo ha demostrado la ley francesa de 1912 y nuestra ley vigente en esta materia (la No. 985, del año 1945).

Nuestra legislación permite la investigación judicial de la paternidad (Ley No. 985, artículo 7):

- 1.— En el caso de sustracción, violación o estupro, si la época de tales hechos coincide con la de la concepción;
- 2.— En caso de seducción realizada por medio de abuso de autoridad, promesa de matrimonio o maniobras dolosas;
- 3.— Si ha habido concubinato notorio entre la madre y el presunto padre;
- 4.— Si hay confesión escrita de paternidad;
- 5.— Si el hijo tiene la posesión de estado.

A pesar de las facilidades permitidas por nuestra moderna legislación, cuyo estudio haremos más adelante, existen ciertos casos en que la prueba de la filiación natural paterna está prohibida o los medios empleados se encuentran limitados por la disposición de la ley, impidiendo que se use el examen de la sangre como prueba judicial.

En primer lugar, la acción de investigación judicial de la paternidad natural sólo es permitida en los casos mencionados por el artículo 7 de la ley de 1945, que acabamos de mencionar; fuera de esos casos, la acción sería inadmisibles y todo medio que tendiera a demostrar la filiación paterna tendría que ser rechazado.

EL EXAMEN DE LOS GRUPOS SANGUINEOS...

Principalmente, una acción en investigación de la paternidad natural no podría basarse, únicamente, en la prueba aportada por el experticio de los grupos sanguíneos. La mayoría de las sentencias dictadas por los tribunales franceses que rechazan el experticio sanguíneo como prueba judicial, se basan, precisamente, en que la única prueba que se pretendía aportar era la del examen de la sangre.

Uno de estos casos fué conocido por la Corte de París el 23 de enero de 1941 (D. C. 1943. J. 92). La señora B trató, en primera instancia, de demostrar una confesión de paternidad por parte del señor X, pero este medio fué rechazado por no encontrarse ningún escrito emanado del presunto padre, como lo requiere el artículo 340-3 francés. En apelación, la señora B pretendía probar la paternidad por medio de la identidad de los grupos sanguíneos del intimado y del joven Olivier. La Corte, como era natural, rechazó este nuevo medio presentado por la señora B, y en uno de sus considerandos declaró:

“Considerando que la admisión del experticio médico de la sangre es contrario a los medios limitativamente enumerados por el artículo 340, Código Civil; que un examen de este género no puede ser pedido por la madre más que si las presunciones enumeradas por la ley han revelado que cierto hombre es el posible o creíble padre del niño, lo cual no ha ocurrido en el caso de la especie”.

En el brillante comentario del Profesor Savatier, al pie de esta sentencia (*op. et loc. cit.*), el distinguido comentarista destaca la absoluta corrección de esta sentencia, basada, no sólo en los postulados jurídicos del artículo 340 del Código Civil francés (Artículo 7 de la ley 985 de 1945, en la República Dominicana), sino también en los descubrimientos de la ciencia médica. Dice el Profesor Savatier:

Desde el punto de vista de la biología, el hecho de que el niño pertenezca a un grupo sanguíneo deja doblemente incierta la paternidad litigiosa: en primer lugar, porque el grupo sanguíneo del niño puede ser compatible con el del presunto padre, y en segundo término, porque a cada uno de esos grupos pertenecen, al igual que el presunto padre, un número ilimitado de otros hombres”.

En lo referente a la base jurídica de la sentencia comentada, continúa el Profesor Savatier:

“Si se leen rápidamente los motivos de la sentencia de la Corte de París, se podría creer que ella condenaba, en principio, todo experticio de la sangre como contrario a las reglas de nues-

CARLOS ALVAREZ MORALES

tro derecho en materia de investigación de la paternidad. Pero, si se examina la especie, aparece que la Corte de París sólo ha tenido en vista el informe pericial solicitado por el demandante, en apoyo de la filiación pretendida por él. Es perfectamente exacto que en ausencia de los medios limitativamente enumerados por el artículo 340, la investigación de la paternidad que se fundara sobre un examen de la sangre sería jurídicamente inadmisibles”.

“Si no se prueban ninguno de los hechos enumerados en la ley como condición previa para que se admita la acción, la madre no puede pedir, a los fines de la misma acción, un experticio sanguíneo. Esta es la razón, mediocrementemente expresada en sus motivos, que justifica las decisiones que se citan como habiendo rechazado el experticio de la sangre (Nancy, 12 de julio 1938; Trib. Civ. Valence, 31 mayo 1938; Agen, 6 dic. 1938; Bordeaux, 2 mayo 1939). Pero en todas esas decisiones se hubiera podido invocar, para rechazar el experticio, al lado del obstáculo jurídico, el obstáculo científico; porque la solicitud del examen de la sangre no era solamente inadmisibles en derecho; hemos visto que también era, tal como se le presentaba, no pertinente científicamente”.

Existen, además, otros casos en que la paternidad natural no puede ser investigada y, por consiguiente, la prueba por medio del examen de la sangre tampoco es admisible.

La prueba de la filiación incestuosa está prohibida, en principio, por nuestro derecho (Ley 985, art. 4). Como la filiación materna siempre puede ser probada y lo que nuestra ley prohíbe, en este caso, es el reconocimiento paterno, así como la investigación de la paternidad, el examen de la sangre nunca podrá aportarse como prueba en estos casos. Sin embargo, la misma ley citada establece una excepción para el caso en que se demuestre la buena fe del padre.

Iguales limitaciones existen en los casos en que se pretenda probar una filiación adulterina. Nuestra legislación aplica esta disposición únicamente a los casos en que el niño es el fruto de una unión adulterina de la madre. Sin embargo, aún así, se permite la investigación de la paternidad, cuando el niño ha sido desconocido por el cónyuge de la madre o no se encontraba cubierto por la presunción de legitimidad del artículo 312.

Aún cuando la mujer pueda probar que se encuentra en uno de los casos enumerados por el artículo 7 de la ley No. 985, la misma ley enumera algunas circunstancias que deberán considerarse como fines de inadmisión de la acción en investigación

EL EXAMEN DE LOS GRUPOS SANGUINEOS...

de la paternidad. Estos fines de inadmisión son: la imposibilidad física de procrear por parte del presunto padre y la conducta licenciosa de la mujer o el hecho de que ella haya tenido relaciones sexuales con más de un individuo. Lo dos primeros casos no tienen interés alguno a los fines de este trabajo. Es indudable que, si el fin de inadmisión es acogido, ninguna nueva prueba podrá ser presentada por la madre, ni tampoco el demandado tendrá que probar su no paternidad; por lo tanto, la prueba por medio del examen de la sangre será inadmisibile.

30.— Caso en que la mujer ha tenido relaciones sexuales con más de un individuo

En lo que se refiere al caso en que el medio de inadmisión presentado por el demandado sea la pluralidad de relaciones sexuales de la mujer, es decir, la *exceptio plurium*, la jurisprudencia y la doctrina francesa consideran este fin de inadmisión absoluto, es decir, que no admite la prueba que tienda a demostrar que entre las otras personas con quienes la mujer ha tenido relaciones sexuales no se encuentra el padre del niño, teniéndolo que ser, por consiguiente, el demandado.

El texto del artículo 340 del Código Civil parece no presentar ninguna duda al respecto, puesto que dice que "la acción en investigación de paternidad no es inadmisibile en este caso". Nuestra legislación no difiere de esos términos, ya que emplea las mismas expresiones (Ley No. 985, de 1945, art. 8). Parece que la solución en la República Dominicana deberá ser igual a la solución dada por la jurisprudencia francesa.

La cuestión no presentaba ninguna dificultad en el momento de dictarse la ley francesa de 1912, ni tampoco cuando la jurisprudencia estableció que la *exceptio plurium contubernium* era un fin de inadmisión absoluto, que impedía totalmente la prueba contraria; porque, precisamente, esa prueba jamás podía ser presentada en una forma concluyente. Al juez le era imposible afirmar que un individuo que había mantenido relaciones sexuales con una mujer, no era el padre verdadero del niño nacido de esa mujer, sino otro hombre, que también había mantenido relaciones sexuales en el período legal de concepción. En todos los casos en que se hubiera probado que la mujer tuvo relaciones sexuales con más de un individuo, la duda de la paternidad no podía ser aclarada. Fueron estas razones las que tuvo en cuenta el legislador para hacer del *plurium contubernium* un fin de inadmisión a la acción en investigación de la paternidad natural.

Sin embargo, con el examen de la sangre, la duda existente en estos casos puede ser resuelta en forma concluyente, ya que, suponiendo que hubieran sido dos los individuos que mantenían relaciones sexuales con la mujer, uno de ellos puede ser eliminado, si el resultado del examen de la sangre da exclusión para él; y, por lo tanto, sus relaciones no pueden ser tenidas en cuenta a los fines de determinar la filiación del niño; resultando, por consiguiente, que el otro individuo ha de ser necesariamente el padre del niño.

El Código Civil suizo no se expresa en los términos del artículo 340 del Código Civil francés, ni como el artículo 8 de la ley No. 985 de 1945 de la República Dominicana, a pesar de que ésta está inspirada en la legislación suiza en la mayor parte de sus disposiciones. El artículo 314 del Código Civil suizo dispone lo siguiente:

“Art. 314.— Se presume la paternidad (natural), cuando se prueba que entre los trescientos y los ciento ochenta días antes del nacimiento el demandado ha cohabitado con la madre del niño”.

“Esta presunción cesa, si los hechos establecidos permiten tener dudas serias sobre la paternidad del demandado”.

La *exceptio plurium* es pues considerada como uno de los tantos casos en que se presentan “dudas serias sobre la paternidad del demandado”; pero a falta de esas dudas, subsiste la presunción.

Siguiendo este mismo razonamiento, el Tribunal Federal Suizo, mediante una jurisprudencia constante, ha admitido la prueba por medio del examen de la sangre en la forma que hemos señalado. Dos sentencias de ese alto tribunal (30 septiembre 1938, A. T. F., 64, II, p. 253; 9 mayo 1940, A. T. F., 66, II, p. 65), citadas en la *Revue Trimestrielle de Droit Civil* (año 1949, p. 314), acogen la petición de la madre en el sentido de que la sangre del tercero que había mencionado el demandado fuera examinada.

El resultado fué exclusión, para ese individuo, es decir, favorable a la madre, puesto que las relaciones que ella había podido tener con ese tercero no “permiten tener dudas serias sobre la paternidad del demandado”. El Tribunal Federal consideró que la excepción del artículo 314-2do. (suizo) cae, y la presunción de paternidad del demandado se restablece.

Este procedimiento no se podría haber presentado en el derecho positivo dominicano, como ya hemos explicado, pero es de desear que la solución dada por la jurisprudencia suiza sea

EL EXAMEN DE LOS GRUPOS SANGUINEOS...

tomada en consideración por nuestros legisladores y juristas. Examinaremos de nuevo esta cuestión en la última parte de este trabajo.

CAPITULO II

DEL EXAMEN DE LOS GRUPOS SANGUINEOS Y DE LOS PRINCIPIOS QUE FIJAN LA POSICION DEL JUEZ Y DE LAS PARTES EN EL PROCESO JUDICIAL

31.— Problemas jurídicos suscitados por el examen de los grupos sanguíneos

Acabamos de analizar los casos en que la reglamentación dictada por el legislador impide que se ordene el examen de los grupos sanguíneos en el proceso judicial.

Estas limitaciones no resultan de la naturaleza intrínseca de este medio de prueba sino del sistema especial elaborado por nuestro derecho positivo. Lo que se prohíbe no es sólo el examen de la sangre sino cualquiera otro medio de prueba. Un testigo, por ejemplo, no podría ser admitido a hacer declaraciones que tiendan a establecer que X no es el padre del hijo de su mujer, si la acción en denegación está prohibida por la ley. En cambio, la prueba testimonial sería procedente para establecer la ocultación del embarazo y del nacimiento, que la ley prescribe como requisito previo a la admisión de la acción en denegación, y, establecida esa circunstancia, el marido podrá probar que él no es el padre por todos los medios.

Fuera de estos casos, en que existe un impedimento legal para que se ordene el experticio sanguíneo, parece evidente que nada se opone a que este medio de prueba sea utilizado en los debates judiciales, a pesar de no haber sido descubierto antes de la promulgación de nuestro Código Civil. Los textos de la ley son tan flexibles que permiten su adaptación a las circunstancias nuevas, como ha hecho la jurisprudencia para resolver el problema que plantean los peligros que nacen de la extraordinaria circulación de automóviles por las calles y caminos públicos, que el legislador de 1904 no pudo prever.

Sin embargo, ciertas objeciones han sido presentadas, tanto en doctrina como en jurisprudencia, contra la introducción de este nuevo procedimiento de prueba. En su origen, se puso en duda su valor científico; luego se alegó que el experticio sanguíneos no se ajustaba al marco fijado por la ley para la prue-

CARLOS ALVAREZ MORALES

ba de la filiación y que, por lo tanto, no podía utilizarse sino como consecuencia de una reforma radical del sistema de prueba existente; más tarde se invocó el espíritu individualista de nuestro procedimiento civil, que deja a las partes en libertad de aportar las pruebas que estimen convenientes, según la máxima *nemo tenetur edere instrumenta contra se*, para concluir que el experticio sanguíneo estaba sujeto a un acuerdo previo de las partes; y, finalmente, se arguyó que el aludido informe pericial constituye un atentado a la inviolabilidad física de la persona o tiende a ese fin, en menosprecio del principio *noli me tangere*, que está subyacente en nuestro sistema jurídico positivo, y que además no podría ser ejecutado cuando la persona se negare a someterse al examen.

Ante estas objeciones, consideramos necesario analizarlas antes de pasar al estudio de los casos en que la jurisprudencia ha autorizado dicho experticio como prueba judicial.

32.— Pertinencia de la prueba

No es extraño que un descubrimiento científico, como el de la diferenciación de los grupos sanguíneos, comience por encontrar cierta resistencia en los tribunales para que se admita como medio de prueba. Los tribunales no marchan, en estas circunstancias, a la vanguardia, y dejan que el tiempo consagre el descubrimiento como verdad científica y como procedimiento técnico eficaz. Puede decirse que la prueba de la experiencia está hecha y que constituye ya un conocimiento integrado en el derecho.

La jurisprudencia francesa lo ha entendido así, a juzgar por la decisión dictada el 25 de julio de 1949 por la Cámara Civil de la Corte de Casación, en el caso *Bezombes c Teyssie* (D. 1949 J. 585).

Se trataba de una acción en declaración de paternidad natural, basada en una confesión hecha por el padre. La Corte de Montpellier rehusó el informe pericial solicitado por el padre.

“Aún cuando el resultado de este experticio fuera conforme a las esperanzas de *Bezombes*” —dice la Corte de Montpellier— “en el estado actual de los conocimientos biológicos, no es posible deducir con certidumbre la prueba de la inexactitud de la confesión de paternidad hecha por él”.

La Corte de Casación censuró la actitud de la Corte de Apelación en esta forma:

EL EXAMEN DE LOS GRUPOS SANGUINEOS...

“La Corte de Apelación... no podía rechazar la demanda de experticio sanguíneo por el sólo motivo de que la teoría de la prueba por comparación de los grupos sanguíneos está todavía discutida científicamente y que no tiene valor probatorio, a pesar de que el art. 340 del código civil no ha aportado ninguna limitación a los medios de defensa del supuesto padre”.

La norma que la Corte de Casación señala es la siguiente:

“En esa circunstancia, la Corte habría debido acoger el ofrecimiento de prueba del señor Bezombes, a reserva de apreciar después la fuerza probante de los resultados del informe pericial”.

Se advierte, por este fallo, relativo a la pertinencia de una medida de instrucción, en que los jueces del fondo gozan de una libertad muy amplia, el empeño de la Corte de Casación en evitar que, por una vía indirecta, la práctica del examen de los grupos sanguíneos en los procesos de filiación sea sistemáticamente descartada. La pertinencia de esta medida debe fundarse, como cualquiera otra, en la apreciación del conjunto de la prueba y de su utilidad o eficacia, no por un motivo de principio sino teniendo en cuenta las circunstancias particulares del litigio.

33.— Características del sistema legal de la prueba de la filiación

Se ha pretendido encontrar en el sistema legal de la prueba de la filiación un obstáculo implícito a la admisión del examen de los grupos sanguíneos como prueba o como fuente de presunciones de hecho. Las argumentaciones, a este respecto, son vagas y contradictorias. Pedro Barbier, en un interesantísimo ensayo publicado en la *Revue Trimestrielle de Droit Civil* (París, 1949, p. 345-371), se expresa en estos términos:

“La filiación no es solamente un vínculo de sangre; entraña también una parte de la voluntad, y, en lo tocante a este elemento, todo examen biológico carece de objeto” (p.361).

Y en otro lugar:

“El progreso no consiste necesariamente en descubrir, en todas las circunstancias y de manera absoluta, los lazos reales de filiación, en una materia en que el derecho se contenta con aproximaciones y verosimilitudes. El derecho de la filiación, por el contrario, desconoce a veces, de una manera deliberada, las realidades biológicas. Todo el sistema de presunciones edificado por el código civil reposa sobre una idea de seguridad para la familia legítima, cuando no sea para el hijo mismo. Los descubrimientos científicos no podrán tener por efecto cambiar el fondo del derecho. Así, por ejemplo, es imposible demostrar que la

CARLOS ALVAREZ MORALES

concepción de un hijo ha podido tener lugar en otro momento que durante los 121 días fijados por la ley. Sería inadmisibles, a este título, la demanda que tienda a probar que el hijo ha nacido antes de este término, para establecer que el embarazo no ha podido durar 300 días, o que ha nacido en tiempo, para probar que ha durado más de 180 días. La duda es interpretada siempre en favor del hijo y el voto de la ley es precisamente que esta duda no sea esclarecida. Del mismo modo, en materia de denegación, es porque hay duda por lo que el artículo 313 del Código Civil prohíbe la prueba de la no-paternidad fuera de los casos de ocultación de nacimiento y esta duda va a aprovechar a la legitimidad" (360-361).

Si el ilustre encargado de los Trabajos Prácticos de la Facultad de Derecho de París se refiere al carácter obligatorio de las presunciones legales y de las demás disposiciones restrictivas de la prueba que la ley prescribe en materia de filiación, sus observaciones son incuestionables. No sería posible que se tratase de sostener una demanda prohibida por la ley o que se ordenase una prueba que la ley declare inadmisibles. Buena o mala, la ley es obligatoria para el juez. Pero esto no esclarece el punto que se debate.

La declaración judicial de la paternidad natural, por ejemplo, está reglamentada por la ley, en el sentido de que, previamente al debate sobre el fondo, es necesario establecer ciertas circunstancias determinadas. Pero a esto se reduce únicamente el arbitrio legislativo. En todo lo demás rigen los principios de la prueba, que no son más que reglas lógicas, adaptadas a los fines del derecho, para llegar al descubrimiento de la verdad de los hechos que condicionan la aplicación de la norma jurídica. "Es indudable" —como advierten Colin y Capitant, 8a. edición, t. I, n. 277)— "que el hombre, demandado en una instancia en declaración de paternidad natural, conservará el derecho de oponer a su adversario todos los medios de defensa propios a establecer que él no es el padre del niño".

Igualmente, la presunción de paternidad que pesa sobre el marido es generalmente irrefragable, y, por lo tanto, por buenas que sean las razones que se aleguen en sentido contrario, el marido no podrá ser admitido a establecer la inexistencia de ese vínculo. Pero si la mujer ha ocultado el nacimiento de su hijo, y esta circunstancia se comprueba, es el mismo legislador (art. 313 c. civil), quien formalmente dispone que, "si sucediere esto, podrá proponer todas las pruebas que tengan por objeto justificar que él no es el padre". Aquí el legislador no se detiene ante

EL EXAMEN DE LOS GRUPOS SANGUINEOS...

la incertidumbre de la prueba y autoriza al marido a producir todos los elementos de convicción, incluso, por consiguiente, el examen de los grupos sanguíneos, si esta medida se juzga útil. Como observa Savatier: "Por qué no agregar a estos medios de defensa" —(los indicios ordinarios)— "cuya diversidad no tiene límites, el procedimiento nuevo que permite el examen de los grupos sanguíneos?" (Nota en D. 1936. II. 42).

Es de esperar que el éxito de este nuevo procedimiento de prueba en los casos en que su utilización es posible, dentro de las reglas actuales de nuestro derecho positivo, haga necesaria una reforma radical del sistema vigente. Mas, qué motivos de queja pueden existir ante el hecho de que surja esa necesidad? La legislación no es intangible.— Como dice Savatier: "¿Por qué no nos regocijamos, en vez de lamentarnos, de la eventualidad de este cambio? ¡Cuántas veces no hemos subrayado la deplorable imposibilidad en que se encuentra el juez para llegar a una certidumbre física de la paternidad! Mientras más se reduzca el margen de incertidumbre, tanto mejor. No debemos temer a la luz. Que los tribunales no puedan imponer los deberes de padres más que al padre verdadero, y que estén en capacidad de imponerlos a todos los padres que actualmente lo evitan: ¿no es eso lo que debe desearse?" (*ibidem*, p. 43).

34.— *Nemo tenetur edere instrumenta contra se*

La controversia ha pasado, de los principios de la prueba a las reglas que determinan la posición del juez y de las partes en el proceso judicial. Se ha invocado una prerrogativa absoluta atribuida a cualquiera de las partes, demandante o demandado, de negarse a suministrar las pruebas que estén en su poder, cuando esa prueba puede conducir a resultados que le sean desfavorables. A ese fin se invoca la vieja máxima: *nemo tenetur instrumenta contra se*, y se afirma que ella "no es más que la prolongación de una regla, tanto de derecho positivo como de sentido común: *actori incumbit probatio*, que tiende simplemente a impedir a un demandante imponer a su adversario la producción de una prueba que incumbe personalmente al primero" (P. BARBIER, *loc. cit.*, p. 362). "Lo que es válido para los documentos, debe serlo con más razón cuando se trata del cuerpo humano" (*ibidem*).

La verdad es que la máxima no tiene el carácter absoluto que se le atribuye, ni ha sido consagrada indistintamente por nuestra legislación. A este respecto hace notar el profesor R. Morel lo siguiente:

"Este principio" —(el de *nemo tenetur edere instrumenta contra se*)— "no debe aplicarse más que con grandes atenuaciones. En este sentido se puede invocar el artículo 480-10º, según el cual la **retención de documentos decisivos para el adversario** da lugar a la revisión civil. El tribunal podría, en interés de la verdad, ordenar a una parte la presentación de un documento en poder de ella, con esta doble condición: 1ro., que ese documento esté especificado con claridad (no se podría ordenar una investigación en los papeles de la parte); 2do., que los terceros no sufran con esta medida (cartas confidenciales) (Cass. req. 17 junio 1879, S. 81. I. 116" (*Traité élémentaire de procedure civil*, París, 1932, 512, n. 479).

Ahora bien, suponiendo que exista analogía entre el examen de la sangre y la producción de un documento en el debate, es indudable que las dos condiciones arriba anotadas se dan en materia de experticio sanguíneo. Hay más: ese experticio es una consecuencia natural y necesaria del proceso de la filiación, porque es inconcebible que una madre que intente una acción en declaración judicial de paternidad, a quien incumbe la prueba de esa paternidad, imponga al juez la obligación de atenerse a las deficiencias de las presunciones de hecho, bajo pretexto de que esa deficiencia pueda inducirlo a fallar en su favor, y se niegue a colaborar en el examen de la sangre de las personas ligadas por el vínculo biológico objeto de la discusión, por temor de que pueda resultar de ese examen la prueba científica de que su demanda es infundada.

Del mismo modo, resultaría altamente sospechoso que una mujer casada, después de ocultar el nacimiento de un hijo suyo a su marido, se negase a que su sangre fuese examinada para determinar si hay incompatibilidad entre el grupo sanguíneo del hijo y el del padre. Si el legislador consideró la ocultación del nacimiento como un motivo suficiente para permitir la prueba contraria a la presunción legal de paternidad, su actitud en el litigio, al negarse a la ejecución de esa medida, puede tomarse como fuente de nuevas y graves presunciones de hecho.

Por otro lado, la cantidad de sangre requerida para un examen de laboratorio no puede calificarse de un "documento". La medida constituye una información pericial, en que el juez confía a expertos la investigación de hechos y circunstancias útiles, que requieren conocimientos especiales. Estos expertos reciben una especie de delegación del tribunal y tienen capacidad para realizar su misión con la amplitud necesaria, solicitando informes de las partes y de terceros. La dificultad relativa a la procedencia de esa medida no puede depender de un perjuicio sobre

EL EXAMEN DE LOS GRUPOS SANGUINEOS...

sus posibles resultados, sino que la ley prohíba o admita este procedimiento de prueba.

35.— *Noli me tangere*

Para sostener su inadmisibilidad, a falta de un texto expreso de ley, se ha recurrido a otra máxima, la de *noli me tangere*. Pero esta argumentación no es menos peligrosa y frágil que la anterior. ¿Qué significa la expresión: "No me toquéis?"

Es una disertación publicada en la *Semaine Juridique* con el título de *Preuve et atteintes a la personne*, por R. V. (1949, *Doctrina*, 758), se destacan los graves peligros que nacen de esta tendencia a discutir las cuestiones del derecho en lo abstracto, valiéndose de máximas y principios a los cuales se les atribuye un valor absoluto. La antinomia resulta inevitable. El autor, siguiendo las enseñanzas del decano Gény, concluye:

"En los conflictos que sitúan el derecho a la prueba frente a la inviolabilidad de la persona humana, lo que hay que poner en la balanza no son los principios mismos, ambos esenciales en su orden. Lo que se debe comparar es, de un lado, la importancia del derecho cuyos elementos el litigante quiere establecer, y, del otro lado, la gravedad del atentado a la persona que entraña, en el caso, su petición de prueba. Esto no es más que la aplicación de lo que debería ser la regla de oro de toda interpretación jurídica, según la cual 'los problemas jurídicos, en el estudio que se hace de ellos, no deben ser separados de los eventos de la vida que los hacen surgir' (GENY, *Science et Technique en droit privé positif*, t. I. p. 144)" (*La Semaine Juridique, op. et loc. cit.*).

La cuestión, sin embargo, no tiene que ser ni siquiera discutida; porque el derecho, tanto en su elaboración como en su aplicación, obedece a un principio de economía, que limita su intervención en la medida en que sea necesaria, y hasta ahora no ha sido indispensable tocar el inviolable cuerpo humano.

Los tribunales, al considerar el problema de la admisibilidad del experticio sanguíneo, han partido del principio de que, tratándose de hechos materiales, todas las pruebas son admisibles, y en consecuencia han aplicado la regla que el legislador ha dictado para la información testimonial:

"Si los hechos fueren admisibles, estuvieren controvertidos y la ley no se opone a su prueba, ésta podrá ser ordenada" (Art. 253 c. pr. civil).

El tribunal ordenará pues la información pericial, dejando a la madre en libertad para adoptar la actitud que se le parezca

CARLOS ALVAREZ MORALES

más conveniente: si se presta al examen, el experticio seguirá su curso normal; si se niega, la instrucción quedará frustrada, pero esa negativa constituye un hecho en sí, que el espíritu crítico puede interpretar como un temor a que los resultados del examen conduzcan a la exclusión del marido.

“La sanción de su mandato será pues puramente indirecta” —advierte el profesor Carbonnier (D. 1947. J. 511)— “si la parte convocada por el médico experto, rehusa atender a la convocatoria, ella no será conducida por la fuerza pública, pero correrá el riesgo de perder el proceso; porque su negativa será considerada, o podrá serlo, como una confesión tácita de la pretensión que se quería probar por el examen de las sangres. Esta sanción de la ficta *professio* tiene su modelo en la ley, casi en donde quiera en que se tenga que afrontar la dificultad de una acción directa sobre el cuerpo humano. En esto se advierte la manera elegante que tiene el derecho individualista para hacer caminar a los hombres sin tocarlos. El caso-tipo es de la comparecencia personal: si la parte intimada a comparecer no obtempera, ella no será arrastrada por la fuerza al tribunal, pero los jueces podrán derivar de su ausencia las consecuencias que sean de derecho”.

Nuestros tribunales, lo mismo que los tribunales franceses y de otros países, no han vacilado en adoptar este sistema de proceder, a falta de un texto oficial que dicte sanciones directas o más severas. Pasamos a examinar, a continuación, las prácticas establecidas en los procesos judiciales.

CAPITULO III

DEL EXAMEN DE LOS GRUPOS SANGUINEOS EN LA JURISPRUDENCIA

36.— La Jurisprudencia Dominicana

El examen de los grupos sanguíneos ha sido de aplicación muy reciente en la República Dominicana, puesto que el primer caso fué examinado en enero de 1946, por el Dr. J. de J. Alvarez, único experto reconocido en el país, hasta la fecha, y la jurisprudencia dominicana no ha tenido oportunidad de ordenar el examen de la sangre en procesos relacionados con la investigación de la filiación natural o con la prueba del estado de hijo legítimo.

Sin embargo, hay otros casos, fundados en la filiación, que han dado lugar a numerosos experticios sanguíneos en nuestros

EL EXAMEN DE LOS GRUPOS SANGUINEOS...

tribunales: nos referimos a las persecuciones para asistencia obligatoria de los hijos menores de dieciocho años (ley No. 2402, del 10 de junio de 1950, antigua ley 1051 de 1928). La jurisprudencia ha considerado muy útil el examen de la sangre en estos casos, hasta el punto de que el Dr. Alvarez ha podido presentar al Congreso Médico Dominicano de 1950 un informe sobre los 100 primeros casos conocidos por los tribunales dominicanos (V. Dr. Alvarez, Aplicaciones Médico-legales y antropológicas de los grupos sanguíneos en la República Dominicana, Ciudad Trujillo, 1951).

Estos casos serán examinados conforme a los datos suministrados por el Dr. Alvarez, pues la jurisprudencia de los Tribunales de Primera Instancia y las Cortes de Apelación no son publicadas por los organismos oficiales ni por entidades privadas.

La Suprema Corte de Justicia ha tenido sólo una ocasión de examinar la cuestión del experticio sanguíneo, según sentencia publicada en el Boletín Judicial de Mayo del presente año, que será estudiada en otro lugar del presente capítulo.

37.— La jurisprudencia francesa

La jurisprudencia francesa nos ofrece un abundante material de casos, cada vez mayores, de experticios de los grupos sanguíneos, a partir de la sentencia del Tribunal Civil del Seine del 12 de noviembre de 1935 (D. P., 1936. 2. 41).

Como los textos en que se basan esas sentencias son análogos a los que rigen en el derecho dominicano, vamos a examinar esa jurisprudencia con todo el interés que ella amerita, pues es probable que el juez dominicano, ante una situación igual a la presentada al juez francés, decidiría la cuestión en forma semejante a las decisiones de la jurisprudencia francesa.

38.— La Jurisprudencia en otros países

La prueba por medio del examen de la sangre es muy usada en todos los procedimientos relacionados con la filiación en la mayor parte de los países de la civilización occidental, es decir, en Europa y América. En Alemania, por ejemplo, el examen de la sangre viene utilizándose como prueba judicial desde el año de 1924. Como las legislaciones de estos países no presentan la similitud con nuestro derecho, como en el caso del derecho francés, no vamos a examinar su jurisprudencia en forma especial, reservándonos su estudio para la última parte de este trabajo.

CARLOS ALVAREZ MORALES

Sección Primera

PROCESOS PENALES

39.— El experticio sanguíneo y la jurisprudencia en materia penal

Es indudable que el examen de la sangre no es tan fácilmente aplicable en materia penal, porque en estos procesos la filiación no se requiere que sea establecida en forma tan absoluta como en materia civil. Así, en el caso de un parricidio, si bien es cierto que el lazo de filiación se encuentra legalmente establecido, en cambio, es necesario demostrar que esa filiación le era conocida al acusado (GARRAUD, *Traité théorique et pratique du Droit Penal Français*, t. IV, p. 236, París, 1891). Por otra parte el parricidio no ocurre únicamente cuando se mata al padre o a la madre, puede haber un parricidio de los abuelos legítimos.

Un caso de más fácil aplicación en nuestro medio ocurre cuando un individuo es acusado de gravidez. En caso de que el niño haya nacido, el examen puede hacerse sin ninguna dificultad y los resultados, por consiguiente, podrían ser concluyentes, pues si se prueba la no-paternidad, el acusado tendría que ser descargado.

Puede suceder que la acción por gravidez sea intentada antes del nacimiento del niño. No vemos ninguna razón que se oponga a que el acusado pida que se suspenda el juicio hasta el nacimiento, para que entonces pueda efectuarse el examen de la sangre y utilizarse este medio para probar la no-paternidad y por consiguiente la falsa acusación de gravidez.

Un caso que evidencia los errores judiciales que podrían evitarse con este sistema lo encontramos en el número 86, de los casos examinados por el Dr. Alvarez (op. cit., p. 28 y s.).

El señor R. V. G. había sido sometido y condenado por gravidez, por el Tribunal Correccional de Santiago. Después de cumplida su condena, R. V. G. se negó a pagar una pensión alimenticia al hijo de la señora R. H. P., que era, precisamente, la mujer que en la sentencia se decía que él había hecho grávida. Conducido de nuevo al Tribunal Correccional, pidió el experticio sanguíneo, que le fué concedido. El resultado del examen fué exclusión, ya que el niño pertenecía al grupo M y el acusado al grupo N (V. n. 15).

Al enterarse del resultado del examen de la sangre, la señora, avergonzada, prefirió retirar la demanda, expresándole al

EL EXAMEN DE LOS GRUPOS SANGUINEOS...

Procurador Fiscal que había llegado a un acuerdo con el acusado (op. cit. p. 29).

De haberse procedido en la forma que aconsejamos, se hubiera evitado un costoso error judicial, que mantuvo a un ciudadano por largos meses en la cárcel.

Existen otras aplicaciones del experticio sanguíneo, como la de comprobar si unas manchas de sangre pertenecen a una persona o no, etc., pero es mucho más difícil su examen, dado la poca cantidad de sangre disponible. Este aspecto del examen de la sangre puede ser consultado en algunos de los modernos manuales de Medicina Legal. (V. C. SIMONIN, *Medicine Legale Judiciaire*, p. 421 y sigs., 2a. ed., París, 1947; D. J. A. KERR, *Forensic Medicine*, p. 92 y sigs., 4a. ed., Londres, 1946).

Sección Segunda

ASISTENCIA OBLIGATORIA A LOS HIJOS MENORES

40.— Características especiales de esta ley

En casi todos los países del mundo se ha reconocido la obligación que existe para los padres de proveer al sustento de sus hijos. Así, cuando la ley niega todo derecho sucesoral a los hijos adulterinos o incestuosos, sin embargo les reconoce el derecho a los alimentos (C. Civ., art. 762). Algunas legislaciones como en Alemania, permiten la investigación de la paternidad natural en todos los casos, pero los únicos derechos que acuerdan a los hijos naturales son, precisamente, el de los alimentos. Y la Comisión encargada de la redacción de un nuevo Código Civil, en Francia, ha contemplado la posibilidad de adoptar el sistema alemán.

Generalmente, la obligación alimenticia existe para los hijos legítimos y los hijos naturales reconocidos. La legislación dominicana se aparta de estos principios, en un deseo de favorecer a los menores de edad y de facilitar su asistencia, permitiendo la libre investigación de la paternidad, para estos fines exclusivamente, sin que se tenga en cuenta la legislación relativa a la condición de los hijos naturales reconocidos.

Los efectos de esa investigación de paternidad están limitados al objeto de esa ley y no tienen ninguna influencia en las cuestiones relativas al estado de esos mismos menores. Para los fines de esta ley pueden ser utilizados todos los medios de prueba, sin tenerse en cuenta las limitaciones establecidas por el código civil o por cualquier otra ley especial.

CARLOS ALVAREZ MORALES

Los artículos 10 y 11 de la ley No. 2402 del año 1950 dicen así:

“Art. 10.— La investigación de paternidad queda permitida para los fines de esta Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en otras leyes, y podrá demostrarse por todo género de pruebas.

“Art. 11.— Una posesión de estado bien notoria, cualquier hecho incontestable, concluyente o razonable relativo a la paternidad que se investigue, podrá servir de prueba; y el Tribunal correccional decidirá definitivamente de acuerdo con los hechos”.

Otra de las características de esta ley es la de tener un carácter penal, puesto que el incumplimiento de sus disposiciones entraña una pena de dos años de prisión correccional, la cual puede ser suspendida en cualquier momento en que el individuo pague la pensión que fije el tribunal.

El proceso se sigue, por consiguiente, ante el tribunal correccional, a pesar de tratarse de una cuestión fundada en la prueba de la filiación, que es civil por su naturaleza.

Como la jurisprudencia en esta materia es muy abundante, vamos a dividir su estudio en la misma forma que analizamos los resultados posibles del examen de la sangre en la Primera Parte de este trabajo (V. n. 18 y ss.).

41.— Casos de exclusión de paternidad

No es necesario volver a repetir que los resultados del examen de la sangre son absolutos cuando dan exclusión de paternidad. Es en este caso cuando el examen de sangre adquiere toda su importancia y la prueba aportada es concluyente, incontrovertible.

Uno de los primeros casos examinados por el Dr. Alvarez, el número 29, presenta cierto interés, porque demuestra tanto la importancia práctica del experticio sanguíneo, como la rapidez con que las masas del pueblo han conocido su valor probatorio.

La señora T. H. tuvo un hijo y reclamó la paternidad al señor E. V., quien, reconociendo haber mantenido relaciones con la señora H. por más de seis meses, creyó que era hijo suyo, a pesar de no haberlo visto nunca. Pagó una pensión alimenticia por más de tres años, hasta que algunos de sus amigos le informaron que el niño no podía ser hijo de él porque, tanto él como la madre, eran mulatos oscuros y el niño era blanco y rubio.

EL EXAMEN DE LOS GRUPOS SANGUINEOS...

Ante ese descubrimiento, se negó a continuar el pago de la pensión alimenticia y fué sometido a la justicia por la señora H.

El señor E. V. exigió el examen de la sangre de la señora H., del niño M. A. H. y la suya propia, y el Tribunal ordenó la medida. Después de haber realizado los exámenes correspondientes los resultados fueron los siguientes:

ACUSADO:	B	M	rh
MADRE:	O	M	Rh2
MENOR:	Al	MN	Rh1rh

Siguiendo las aplicaciones de las leyes de Mendel a los grupos sanguíneos, en la forma examinada en el Capítulo II de la Primera Parte del presente trabajo, podemos deducir que el acusado queda excluido como padre del niño que le atribuyen, por medio de los tres sistemas de grupo, existiendo una triple incompatibilidad sanguínea que concuerda bien con los caracteres raciales que produjeron extrañeza a los amigos de E. V.

Hay que señalar una circunstancia, que ocurre generalmente en los casos de exclusión de paternidad y que viene a comprobar la veracidad de los resultados obtenidos por el examen. La madre puede hacer su acusación de buena o de mala fe, pero, una vez concluido el juicio, acepta los resultados del informe pericial, confesando haber sostenido relaciones sexuales con otro hombre durante el período de la concepción.

Así, en el caso No. 19 del Dr. Alvarez, las circunstancias eran contrarias al acusado. Los testigos probaron que visitaba asiduamente el hogar de la joven y él mismo reconoció que la cortejaba, alegando, sin embargo, que ella no había cedido a sus reclamos. Es más, el niño tenía ciertas características raciales que hacía probable la paternidad del acusado. La joven, antes del examen de la sangre, aseguró enfáticamente que sus primeras y únicas relaciones sexuales habían sido con el acusado. El Tribunal Correccional de Puerto Plata condenó al acusado, pero la Corte de Santiago ordenó el experticio. El acusado quedó excluido por medio del grupo A, B, O y de los tipos del Hr-Rh. Ante la evidencia de los resultados del informe pericial, la Corte revocó el fallo y descargó al acusado, a pesar de las persistentes acusaciones de la madre. Una vez dictada la sentencia, el Procurador General, interesado en disipar toda duda personal, llamó a la mujer, quien confesó entonces sus relaciones con otro individuo, que se había ido del lugar. Indudablemente que, de no mediar el examen de la sangre, un error judicial se hubiera cometido.

CARLOS ALVAREZ MORALES

En el caso No. 30, en que el experticio fué realizado por orden del Tribunal Correccional de San Francisco de Macorís, ocurrió algo semejante. La madre confesó sus relaciones con otro individuo antes de haberlas tenido con el acusado; pero, debido a ciertas circunstancias, ella creyó que el acusado era el padre verdadero.

42.— Casos de no-exclusión de paternidad

Las casos de no-exclusión de paternidad no presentan el interés que tienen los de exclusión; la mayoría de las veces el experticio no aporta ninguna prueba al proceso, y las cosas quedan en la misma situación que se encontraban antes de ordenarse el examen de la sangre.

Así, la Corte de La Vega conoció de la apelación de Coronado contra sentencia del Tribunal Correccional de la misma ciudad, en el cual se le condenaba a un año de prisión y al pago de una pensión de \$4.00 a favor de la niña Leonidas, hija de la señora Núñez; comisionó para el experticio médico al Dr. Alvarez, y el resultado fué no-exclusión.

La Corte, en su sentencia del 11 de agosto de 1950, ponderó este experticio y dedujo, como era de esperar, que no aportaba ninguna luz al proceso. Teniendo en cuenta otras circunstancias del proceso, consideró que existía "una bien fundada duda acerca de si será el padre de la menor el prevenido Coronado, que niega el ayuntamiento carnal, o Gómez, que lo acepta y quien, a su vez, ha merecido observaciones comprometedoras de familiares cercanos". Coronado fué descargado.

No conforme la Sra. Núñez con esta sentencia, recurrió en Casación, y la Suprema Corte de Justicia, por sentencia del 11 de mayo de 1951 (Bol. Jud. n. 490, p. 527), rechazó el recurso.

43.— Casos en que la no-exclusión presenta ciertas características especiales

Aunque los resultados del examen de la sangre, cuando son de no-exclusión, nunca pueden considerarse como concluyentes, existen ciertas características hereditarias en los grupos sanguíneos que permiten deducir algunas consecuencias, aunque éstas no tengan el carácter absoluto de los casos en que el resultado del experticio sea exclusión.

No creemos necesario examinar la importancia que tiene la proporción de los grupos sanguíneos en el conjunto de la

EL EXAMEN DE LOS GRUPOS SANGUINEOS...

población dominicana para dar una mayor probabilidad de paternidad en los casos en que el resultado sea no-exclusión, porque esta cuestión ha sido ya examinada en el No. 20.

Igual cosa podemos decir del caso en que la no-exclusión tiene gran probabilidad de exclusión, por lo difícil que resulta, en la práctica, la combinación de ciertos grupos sanguíneos (véase n. 21).

Existen otros casos en que la no-exclusión presenta gran probabilidad de paternidad (V. n. 22), no por la proporción de los grupos sanguíneos en la población del país, sino por encontrarse en el hijo ciertas características hereditarias que aparecen también en el presunto padre.

Uno de estos casos tiene gran interés, no sólo científico, sino porque los grupos sanguíneos de las personas envueltas acusan la presencia del tipo étnico mestizo en la población dominicana (Dr. J. de Js. Alvarez, *Aplicaciones médico-legales y antropológicas de los grupos sanguíneos en la República Dominicana*, p. 29 y ss., Ciudad Trujillo, 1951).

En el caso a que hacemos referencia (el No. 85 del Dr. Alvarez), la madre presentaba el tipo Rho, siendo muy raro que una madre de ese tipo tenga un hijo de tipo Rh1Rh2. Para que esto ocurra es necesario que el padre aporte un gameto con el rarísimo gene Rz o el ry, que son los dos más raros de la serie alelomorfa de 8 genes del sistema Rh-Hr. Como precisamente el presunto padre tenía esas características, es indudable que él debía ser el padre verdadero del niño.

Sección Tercera

FILIACION NATURAL

44.— Posibilidades del examen de la sangre en los procesos sobre filiación natural

Teniendo en cuenta que los resultados del examen de la sangre son concluyentes únicamente en los casos en que éste sea de exclusión, el experticio puede ser pedido útilmente por el presunto padre como medio de defensa en una acción en investigación de paternidad; por la presunta madre, en una acción en investigación de la maternidad natural; por el niño o por un tercero que pretendan negar la veracidad de un reconocimiento.

CARLOS ALVAREZ MORALES

En todos estos casos el examen de sangre podría demostrar que el presunto padre no puede ser el padre del niño; que la presunta madre no puede ser la madre, o que el reconocimiento efectuado es falso, por no poder ser padre del niño el hombre que hizo el reconocimiento.

La jurisprudencia francesa comienza a comprender toda la utilidad práctica que presenta este nuevo medio de prueba y sus aplicaciones han sido múltiples en los últimos 15 años. Como hemos dicho, la jurisprudencia dominicana aún no ha tenido oportunidad de ordenar el examen de la sangre en las cuestiones de estado; pero la francesa puede servirnos de ejemplo en esta materia, por basarse en textos legislativos análogos a los vigentes en la República Dominicana.

La investigación de la paternidad es el caso más común en los procesos relacionados con la prueba de la filiación natural, pero no siempre puede hacerse (L. 985, de 1945, art. 7). Teniendo esto en cuenta, no es de extrañar que existan sentencias que ordenen el examen de la sangre y sentencias que lo excluyan como prueba. Los casos en que el examen de la sangre es inadmisibles en esta materia han sido examinados en la sección segunda del Capítulo Primero de la Segunda Parte (n. 28 y ss.). Ahora pasamos a examinar algunos casos en que el examen puede hacerse y, por consiguiente, los tribunales y cortes francesas lo han ordenado. Consideramos que los principios expuestos en algunas de estas decisiones son de trascendental importancia para la tesis que estamos sustentando.

45.— Jurisprudencia en la investigación de la paternidad natural

Una serie de sentencias francesas han tenido por fundamento el carácter equívoco de la confesión emitida por el presunto padre. Precisamente, una de las primeras sentencias que admitieron el examen de la sangre se basaba en este punto.

En el caso de la señora Rivoire C. Tressere, se invocaba una serie de cartas del señor Tressere, que contenían una confesión de su paternidad. El señor Tressere reconoció esas cartas, pero agregó que ellas habían sido hechas en un momento en que estaba lejos del lugar y desconocía ciertos hechos. Con el objeto de probar su no-paternidad, pidió y obtuvo el examen de la sangre, por sentencia del Trib. Civ. de Nice del 18 de noviembre de 1937 (D. H. 1938, J. 79; S. 1939, 2, 16).

EL EXAMEN DE LOS GRUPOS SANGUINEOS...

Esta sentencia señala la importancia que tiene el examen de la sangre, pues no sólo lo admite como prueba de la no-paternidad del presunto padre, sino también como medio de establecer las relaciones sexuales de la mujer con más de un individuo, durante el período legal de la concepción, lo cual es un fin de inadmisión absoluto en nuestro derecho positivo (V. n. 30).

Cuando el presunto padre pide el examen de la sangre para probar su no paternidad, la demandante en varias ocasiones se ha opuesto al experticio fundándose en que una vez probado uno de los casos enumerados por el artículo 340 francés (el art. 7 de la ley n. 985 de 1945), el padre sólo podía probar su no paternidad invocando con éxito uno de los fines de inadmisión establecidos en el artículo 8 de la misma ley.

La Corte de París tuvo que fallar frente a un alegato semejante mediante una sentencia del 9 de enero de 1948 (D. 1948. J. 93), y sus considerandos principales se expresan en estos términos:

“Considerando que, contrariamente a las pretensiones de la intimada, la ley no ha limitado a los dos fines de inadmisión que ella enumera los medios de defensa que el pretendido padre puede oponer a la reclamación del hijo (la madre, como hemos dicho, había presentado estos medios de defensa para oponerse al examen); que no es dudoso, y resulta del enunciado mismo del art. 340 código civil, que el demandado en una instancia en investigación de la paternidad conserva el derecho de defensa propios a establecer que él no es padre del niño”.

La sentencia prosigue más adelante con la siguiente observación:

“Considerando, por consiguiente, que el experticio solicitado constituye un modo de prueba jurídicamente admisible y que conduce a fundamentar el derecho de las conclusiones subsidiarias del apelante”.

Una de las últimas sentencias de la jurisprudencia francesa, en materia de prueba de la paternidad por medio del experticio sanguíneo, es la de la Corte de Apelación de Montpellier, de fecha 15 de diciembre de 1948, en el asunto de Ayrat, Costes (D. 1949, J. 200; J. C. P., 1949, II, 4275; Rev. Trim., 1947, p. 407). En este caso, como en varios de los citados anteriormente, existía una confesión escrita de paternidad; pero el Sr. Ayrat alegaba que ciertas circunstancias, descritas posteriormente, probaban lo equívoco de esa confesión, y concluía pidiendo el experticio sanguíneo.

CARLOS ALVAREZ MORALES

Los considerandos básicos de esta sentencia son los que copiamos a continuación:

“Considerando que las pruebas que requiere la paternidad natural no son más que presunciones del hombre, desprovistas de todo carácter perentorio, y que el demandado en una instancia en investigación de paternidad conserva el derecho de oponer a su adversario todos los medios de defensa propios a establecer que él no es el padre del niño;

“Considerando que el experticio solicitado no podría ser rechazado más que si pareciese inútil a la prueba o si sus resultados probables, en razón de su fragilidad, no bastaran a justificar la molestia impuesta a la parte adversa;

“Considerando que, en el estado actual de las ciencias médicas, el examen de los grupos sanguíneos, cuya fijeza y herencia están netamente establecidas, permite, en un número apreciable de casos, si no designar el verdadero padre, al menos demostrar, llegado el caso, que no existe ningún lazo de filiación entre dos individuos dados;

“Considerando que, en audiencia, la intimada ha declarado oponerse a esta medida, pero que no se podría ver en ella una limitación de la libertad individual más grave que la que sufre un litigante en cualquier otro examen médico; que el hecho de llevar su demanda en justicia obliga a las partes a prestarse a la manifestación de la verdad, al menos, si quiere evitar que su negativa a cooperar a la prueba autorice a sospechar de su buena fe”.

Sección Cuarta

FILIACION LEGITIMA

46.— La jurisprudencia y la filiación legítima

A la libertad de prueba existente en la mayoría de los casos en materia de filiación natural, se oponen las restricciones establecidas por el código civil para la prueba de la filiación legítima. Las presunciones fijadas por la ley limitan o destruyen la libertad de prueba en esta materia, salvo excepciones muy contadas (V. Primera Parte, Cap. I., Sec. Primera).

La primera sentencia anotada en los Repertorios que ordena el examen de la sangre en un proceso sobre filiación legítima es del Trib. Civ. de Lille, de fecha 18 de marzo de 1947 (D. 1947, J. 507, nota de J. CARBONNER). La sentencia utiliza los mismos principios ya examinados en la sección anterior, pe-

EL EXAMEN DE LOS GRUPOS SANGUINEOS...

ro con nuevo rigor, en vista de que la parte demandada se oponía al examen de la sangre, alegando un atentado a la integridad y la propiedad del cuerpo humano (V. Segunda Parte, Cap. II).

Por estas razones consideramos interesante copiar el brillante razonamiento seguido por el Trib. de Lille, que es un bello ejemplo de la jurisprudencia francesa:

“Considerando, sobre el aspecto jurídico, que en los límites fijados por la ley, el juez para formar su convicción, tiene libertad de usar los medios que le parezcan más propios a asegurar la manifestación de la verdad; que, en caso de denegación fundada en el artículo 313, código civil, establecida la ocultación del embarazo o del nacimiento, puede admitir la prueba de todo hecho de naturaleza a justificar que el marido no es el padre del niño; que las conclusiones a que conduce la comparación de la sangre de los interesados pueden dar al juez una certidumbre científica, que no podría procurarle ningún otro medio de prueba; que ella debe ser admitida como tal en primer término y no podrá ser descartada *a priori*, que en vano se invoca, para excluirla, que en virtud de los principios generales del derecho francés, la prueba de la paternidad o de la no paternidad no puede ser hecha más que en forma indirecta; que la comparación de las sangres no suministra una prueba directa de la no-paternidad; que entra en la categoría jurídica de las presunciones que la ley deja a la apreciación prudente del juez, y parecería singular excluirla porque conduce a una certidumbre, donde las otras presunciones no aportan más que una probabilidad o credibilidad”.

“Considerando además que el tribunal no podría detenerse tampoco frente a los medios presentados por los demandados respecto a la libertad individual, como a la integridad y a la propiedad del cuerpo humano; que las cuestiones de estado son de esas materias en que el orden público está interesado; que, en tales casos, una de las partes no podría entorpecer, por los argumentos invocados, la libertad del adversario de proponer las pruebas admitidas por la ley ni la obligación del juez de autorizar su administración; que, en hecho, además la toma de sangre necesaria es una operación de las más benignas y constantemente los tribunales ordenan, en todas las materias, experticios que necesitan operaciones mucho más íntimas y mucho más delicadas; que nada se opone, por lo tanto, a que el experticio solicitado sea ordenado” (D. 1947. J. 508).

CARLOS ALVAREZ MORALES

Después de examinada esta sentencia, no nos parece necesario continuar analizando las demás dictadas en esta materia; basta decir que ninguna de ellas ha rechazado el experticio sanguíneo como prueba judicial.

TERCERA PARTE

DE LA CONVENIENCIA DE ADAPTAR NUESTRO SISTEMA LEGAL SOBRE LA PRUEBA DE LA FILIACION A LAS NUEVAS APORTACIONES DE LA CIENCIA

CAPITULO I

TENDENCIAS ACTUALES DEL EXPERTICIO SANGUINEO EN LA REPUBLICA DOMINICANA

47.— Discrepancias entre nuestro sistema legal de pruebas y la práctica judicial

En nuestro derecho hay discrepancias en materia de filiación, que se han hecho evidentes con la aplicación del experticio sanguíneo a los casos de asistencia obligatoria a los hijos menores (L. 2402, 10 jun. 1950). En efecto, mientras el legislador ha creado una serie de limitaciones de prueba en la acción en denegación y en la contestación de estado de hijo legítimo, ese mismo legislador, al dictar la ley de asistencia obligatoria a los hijos menores, admite todos los medios de prueba, sin restricción alguna.

De este modo, un marido que se encuentre en la imposibilidad legal de denegar al hijo de su mujer por haber nacido o haber sido concebido dentro del matrimonio, en virtud de la máxima *pater is est*, podría negarse a pasar una pensión a ese menor, y en caso de ser perseguido en virtud de la ley No. 2402, podría demostrar su no paternidad, con lo cual el hijo perdería todo derecho a reclamar alimentos, por lo menos, de manera compulsiva, bajo la sanción de una pena de dos años de prisión, pero podría recoger la sucesión del primero, a pesar de estar demostrado, científica y judicialmente, que él no es su padre. Lo que resulta más desconcertante aún es que, siendo un mismo juez el que conoce de los asuntos penales y civiles en la mayor parte de nuestros Distritos Judiciales, es el mismo juez quien deberá fallar hoy que X no es el padre del hijo de su esposa, para mañana decir que esa misma persona es el úni-

EL EXAMEN DE LOS GRUPOS SANGUINEOS...

co heredero del difunto X! ¿Es acaso inevitable la existencia de semejantes contradicciones?

Un ejemplo demostrará que la contradicción que anotamos se presenta corrientemente ante los tribunales dominicanos, principalmente en la región Norte, donde el experticio sanguíneo ha adquirido el carácter de una verdadera costumbre popular, como veremos más adelante.

El caso No. 96 del Dr. Alvarez se refiere a una demanda intentada por la señora M. M., contra su legítimo esposo el señor T. D., en la cual exige una pensión alimenticia para los cuatro hijos nacidos durante el matrimonio de ambos (los esposos nunca habían intentado el divorcio). El marido alegó que había estado separado de su mujer por más de diez años y pidió el experticio sanguíneo. Las conclusiones del experto fueron que el prevenido podía ser padre de los dos primeros hijos, pero no de los dos últimos, tanto por los resultados del examen de la sangre como por los caracteres raciales de esos hijos, pues el padre era de raza negra pura, y mientras los dos primeros hijos eran mulatos, la última niña era blanca y rubia.

Para mayor esclarecimiento, agrega el Dr. Alvarez, la madre estuvo de acuerdo con los resultados del examen y retiró su demanda en lo tocante a los dos últimos, explicando que había procedido de esa manera porque había sido informada de que tenía derecho a reclamar la pensión por ser el padre legal de todos sus hijos.

El juez que conoció de este asunto podría encontrarse en el caso de adjudicar, en caso de muerte, parte de los bienes relictos por el señor T. D., a los dos últimos hijos de la señora M. M., a pesar de haber rechazado la demanda de asistencia, respecto de ellos, por "no existir lazos de filiación entre el acusado y esos menores".

No creemos necesario seguir analizando otras situaciones en que la contradicción evidenciada por el experticio sanguíneo, manifiesta una necesidad de revisar nuestra legislación al respecto. Basta señalar que esta situación puede presentarse en casi todos los casos en que esté envuelta la filiación paterna. Lo que un día es considerado como la "verdad jurídica", no debería más tarde descartarse como contrario a esa verdad, porque a ello se opone una especie de "tabú" legal.

48.— El experticio sanguíneo en las relaciones extrajudiciales

Algunos autores consideran que el examen de la sangre "constituye un peligro desde el punto de vista de la paz social

CARLOS ALVAREZ MORALES

y un factor de desunión, en razón de la gran facilidad dada al marido para verificar el valor de la menor de sus sospechas sobre su paternidad" (BARBIER, *op. et. loc. cit.*, p. 355).

Estos autores utilizan este razonamiento para oponerse a disposiciones legislativas que autoricen este examen, en los casos en que el derecho positivo lo impide, por encontrarse limitada o prohibida la prueba, y aún en los demás casos, invocando ciertos principios jurídicos que ellos consideran absolutos (Véase Segunda Parte, Capítulo II).

Sin embargo, este razonamiento contiene una falacia y se parece a la actitud del avestruz cuando se le presenta algún peligro, que esconde la cabeza para no ver aquello que le produce algún temor.

Suponiendo que el examen de la sangre no pudiera, en ningún caso, ser presentado como prueba judicial: ¿cesaría por esto de ser utilizado? ¿Dejaría de demostrar la ausencia de lazos de filiación entre dos personas? No. Lo que sucedería entonces es que la justicia se convertiría en una ficción en muchos casos, porque las partes irían privadamente ante el experto con el objeto de conocer los resultados del examen de la sangre. La verdad científica lucharía contra la verdad jurídica y triunfaría en lo más profundo de la conciencia popular. Los hechos se rebelarían contra el derecho.

Consideramos que no se puede tildar al experticio sanguíneo como un peligro público, sino al contrario, como un bien social. Desconocemos los resultados de los experticios realizados por el Dr. Alvarez en casos llevados a él por particulares, fuera de la intervención de la justicia; pero su número creciente es significativo de la buena acogida que ha logrado, tanto entre las masas populares como en las más altas esferas sociales.

Se preguntará acaso ¿qué objeto puede tener un examen de la sangre sin la intervención de la justicia? ¡Infinitos! El marido burlado, que tiene pruebas de la infidelidad de su mujer, tiene interés en saber si su presunto hijo, a quien prodiga su cariño, es realmente suyo, y de esa forma disipar la duda que le corroe el corazón. Allí, el hombre que vive en concubinato y desea aclarar si existe algún lazo de filiación entre el hijo de su concubina y él, por coincidir la época de la concepción con el inicio de su vida común; aquí, el hombre que desea evitar una acción judicial en virtud de la ley No. 2402, de 1950, y recurre al examen de la sangre para ver si él no puede ser el padre, impidiendo un proceso que sería completamente inútil.

¡Cuántas veces se podrían disipar las dudas por un examen de no-exclusión, pues esto bastaría para borrar en el esposo o

EL EXAMEN DE LOS GRUPOS SANGUINEOS...

en el concubino el recuerdo de cualquiera falta que la mujer haya podido cometer!

Uno de estos casos, publicado por el Dr. Alvarez (Aplicaciones médico-legales y antropológicas del examen de los grupos sanguíneos en la República Dominicana, p. 25 y ss.), es un claro ejemplo de los beneficios que puede proporcionar el examen de la sangre.

Un señor, ya entrado en años, que nunca había tenido hijos con su esposa, decide adoptar dos niñas que habían tenido dos concubinas de él. La esposa acepta la adopción, pero pone en duda la paternidad del marido, por lo mismo de que no había tenido ninguno en el matrimonio. El marido pide el examen de la sangre al Dr. Alvarez, quien examina la sangre del presunto padre, de las dos mujeres y de las dos niñas. El resultado fué no exclusion en ambos casos, y las probabilidades de paternidad se hicieron más patentes por el hecho de ser ambas niñas del grupo B, a pesar de que las dos madres eran de grupo O, pero el señor pertenecía al grupo B. Esta coincidencia es más notable cuando se considera que el grupo B es el más raro en nuestra población (un 13% del conglomerado nacional).

El examen de la sangre presenta pues su utilidad, no sólo en los casos judiciales, sino en la vida privada, donde sus posibilidades prácticas son más numerosas aún.

CAPITULO II

EL EXPERTICIO SANGUINEO EN EL DERECHO COMPARADO

49.— Los grupos sanguíneos y la jurisprudencia de los países europeos

La jurisprudencia francesa se caracteriza por su cautela frente a todas las innovaciones que la vida social introduce en el derecho. Por esta razón, no es extraño que el examen de los grupos sanguíneos haya aparecido en este país mucho después que en otros lugares. En efecto, la primera sentencia relativa a esta cuestión que se menciona en los repertorios fué la del Tribunal de Graz, en Austria, en el año de 1920. Para el año de 1933, cuando en Francia no había sido aplicado judicialmente el examen de la sangre, más de 3,000 casos habían sido juzgados en los tribunales y cortes de los demás países europeos.

La importancia de estos casos adquiere mayor relieve, no tan sólo por su número elevado, sino por la confianza con que

CARLOS ALVAREZ MORALES

la justicia admite los resultados del experticio, cuando produce una exclusión. Al igual que lo reportado por el Dr. Alvarez en la República Dominicana, los jueces europeos se vieron convencidos, por las confesiones posteriores de la madre, persecuciones y sentencias de perjurio, y otros hechos y circunstancias, de que era indispensable el experticio sanguíneo, si se quería lograr que los fallos adquiriesen el carácter de infalibilidad necesaria para hacer completa justicia al supuesto padre.

Hoy día, en Europa, un caso de exclusión es considerado incontestable, como prueba de la no paternidad (SCHATKIN, *Disputed Paternity Proceedings*, p. 208).

En el continente europeo, el examen es ordenado como algo rutinario. Las cosas no han parado ahí, nos dice Schatkin (op. cit., p. 209): "Muchos procesos antiguos han sido reabiertos con la esperanza de que el examen arroje nueva luz sobre el caso".

Uno de los países que más abundantemente ha empleado el experticio sanguíneo en materia de filiación es Dinamarca. En ese país existe una legislación semejante a nuestra ley No. 2402, de 1950, pero con la diferencia de que allí el pago de la pensión alimenticia debe hacerse a "prorrata", por todos los posibles padres del niño.

En favor de este sistema se ha dicho que en esta forma se evita que el acusado encuentre otros individuos complacientes que afirmen haber tenido relaciones sexuales con la mujer, puesto que en esta legislación, el resultado será que el acusado y los que así designe contribuirán conjuntamente al pago de la pensión. Otra razón aducida es la dificultad de determinar con exactitud el verdadero padre del niño. Por supuesto, si uno de los "posibles" padres del niño es excluido por el examen de la sangre, no tendrá que contribuir en la asistencia del menor.

Se calcula que en 12 años se conocieron de más de 7,500 exámenes. A partir de 1937 el examen de la sangre fué obligatorio en todos los casos de investigación de la paternidad (Ley No. 135 del 7 de mayo de 1937, modificando el Código de Procedimiento Civil).

Antes del régimen nazi, un 10% de los niños nacidos en Alemania eran ilegítimos, y durante el régimen nacional-socialista esta proporción aumentó. El sistema legal alemán presume que el demandado en un caso de investigación de paternidad es el padre del niño, si ha cohabitado con la mujer en el período legal de la concepción, a menos que pruebe la imposibilidad de ser el padre o recurra a la exceptio plurium.

EL EXAMEN DE LOS GRUPOS SANGUINEOS...

La **exceptio plurium** hace posible el examen de los grupos sanguíneos en la misma forma que es aplicado por la jurisprudencia del Tribunal Federal Suizo (V. n. 30). En efecto, si el examen excluye al "otro hombre", entonces el demandado será considerado el padre; si es el demandado quien es excluido por el examen, entonces la madre puede intentar la acción contra el "otro hombre".

La cuestión controvertida en el derecho alemán era la de determinar cuál debía ser la actitud del juez en caso de que algunas de las partes se negara a someterse al examen de los grupos sanguíneos. El Reichgericht dejaba este punto al arbitrio de los jueces de fondo y, las soluciones variaban con la jurisdicción.

Esas discrepancias terminaron con el Decreto del 6 de febrero de 1943, que hizo obligatorio para las partes someterse a la extracción de la sangre requerida para la prueba y aún autorizó a los tribunales el empleo de medidas coactivas en caso de oposición infundada (V. n. 35).

En Rusia impera una concepción distinta a la existente en la mayor parte de las legislaciones occidentales. Allí el padre no es el que vive conyugalmente con la madre, sino el que ella designe como tal. Por otra parte, no hay ninguna distinción entre el hijo legítimo y el hijo natural. Desde 1927 se han venido realizando exámenes de los grupos sanguíneos y los tribunales admiten esta prueba de la no-paternidad como absoluta.

En Suecia el examen de la sangre se hace regularmente y una ley de 1933 lo hace obligatorio para todas las personas relacionadas en el proceso sobre filiación. Igualmente, en Austria el examen de la sangre es definitivo. La Suprema Corte de este último país, por sentencia del año 1926, consideró que el examen era decisivo y descargó al demandado.

El sistema liberal del Código suizo ha permitido a la jurisprudencia de ese país adoptar el nuevo medio de prueba en una forma más completa que la jurisprudencia francesa. La cuestión se presenta muy clara en materia de filiación natural, principalmente en los casos en que el demandado presenta la **exceptio plurium**, como hemos visto (n. 30). Algo más difícil ocurre cuando el examen de los grupos sanguíneos tiene por objeto destruir la presunción de paternidad natural establecida por el artículo 254 (c. civ. suizo).

En lo que se refiere a la investigación de la paternidad natural, una de las primeras sentencias reportadas, la de Walter Bigler (Trib. Fed. S., 27 abr. 1934, A. T. F. 60, II, p. 84; *Rev.*

CARLOS ALVAREZ MORALES

Trim., 1933, p. 437), admitió que el examen de la sangre podía dejar "dudas serias sobre la paternidad del demandado", lo que basta para que la demanda en investigación de la paternidad sea rechazada en virtud de las disposiciones del artículo 314-2, del código civil (suizo).

La cuestión presenta más dificultades en materia de filiación legítima, porque el texto del artículo 254 del c. civ. suizo indica que la presunción de paternidad sólo puede ser destruída cuando el marido establece que "no puede ser el padre" del niño. El Tribunal Federal Suizo, por sentencia del 22 de noviembre de 1935 (A. T. F., 61, II, p. 300; Rev. Trim. 1936, p. 555), asunto **Hochuli c. Hochuli**, resolvió que el examen de la sangre no excluye la presunción de paternidad legítima, porque este medio de prueba ni está al abrigo del error, aunque técnicamente sea correcto (un experto había expresado que las oportunidades de error eran menos de 1:1000; se usaba únicamente los grupos A, B, O).

Sin embargo, los progresos en la técnica, así como el descubrimiento de los tipos M y N y los subtipos Rh-Hr, han venido a dar una certidumbre completa a los resultados del examen de la sangre, cuando este resultado es exclusión. El Tribunal Federal Suizo ha tenido que reconocerlo así, y en una sentencia del año 1945 (A. T. F., 71, II, p. 54), permitió rechazar la paternidad del marido, que había sido excluído por medio de los grupos A, B, O, así como por los tipos M y N. En cuanto a los motivos de orden moral contra el empleo del examen de la sangre en el caso del artículo 254, el Tribunal Federal falló el 23 de mayo de 1942 que no se puede ordenar el experticio pedido por el marido más que si existen motivos serios para dudar de su paternidad.

El examen de los grupos sanguíneos es admitido en Italia después que la Suprema Corte de ese país juzgó, en el año 1931, que era una prueba perentoria en los procesos de filiación, y que, "si bien la determinación de los grupos sanguíneos no ofrece elementos seguros para afirmar una determinada filiación, tiene sin embargo indiscutible valor probatorio para excluirla, cuando el grupo sanguíneo del hijo no armoniza, según cierto esquema, con el del presunto padre".

En Argentina, el examen de los grupos sanguíneos como prueba, en los procesos de filiación, se ha venido practicando desde 1935, debido a que su Código Civil admite todos los medios de prueba tendentes a investigar la paternidad, sin más limitación que la de que sean útiles.

EL EXAMEN DE LOS GRUPOS SANGUINEOS...

50.— El examen de los grupos sanguíneos en los Estados Unidos de Norte América

En los Estados Unidos también se ha practicado extensamente el experticio sanguíneo en los procesos sobre filiación. Uno de los primeros exámenes fué realizado por el Dr. Wiener en el año 1933, a petición de la Court of Common Pleas de New Haven.

Inmediatamente después de este experticio, siguen ordenándose en número cada vez mayor en casi todos los Estados de esta nación. La gran mayoría de las veces el examen era ordenado por los tribunales y sus resultados acogidos cuando la prueba era concluyente, es decir, de exclusión. Sin embargo, algunos tribunales y cortes han fallado en contra de los resultados del experticio, o no lo han aceptado como prueba judicial, aduciendo diversas razones.

La situación del examen de sangre es ahora mucho mejor que la que prevalece en el continente europeo, porque desde 1935, en que una ley del Estado de New York la autorizó expresamente, casi todos los Estados han legislado sobre la materia.

De toda esa legislación, el Profesor Wigmore considera que la que se expresa en mejores términos es la del Estado de South Dakota.

El Código de 1939, de este Estado, expresa, en el párrafo 36.0602, lo siguiente:

“En una acción en que la condición física o mental de una de las partes, o la consanguinidad de una de ellas con otra parte o persona, es contestada, la corte donde está pendiente la acción puede ordenar a esas partes o personas, que se sometan a un examen físico o mental o a un experticio sanguíneo por un médico. La orden puede dictarse sólo cuando se funde en buenos motivos; debe notificarse a las personas que han de ser examinadas y a todas las partes y personas interesadas y especificará el tiempo, lugar, forma, condiciones y objeto del examen y la persona o personas en quiénes ha de aplicarse”.

CAPITULO III

CONCLUSIONES

51.— Reglamentación del experticio sanguíneo

Consideramos que una de las primeras medidas que debe realizar nuestro legislador consiste en reglamentar la forma có-

CARLOS ALVAREZ MORALES

no debe ser ordenado el examen de la sangre y las cualidades que debe exigírsele al médico para ser considerado como experto calificado para esta clase de experticios.

Esta medida sería bastante previsora y se ha realizado en muchos países europeos y Estados de la Unión Norteamericana. Entre estas legislaciones cabe mencionar las de Dinamarca, Suecia, Alemania, y las de los Estados de New York y de South Dakota, (parte de esta última copiada en el número 53, y recomendada por el Profesor Wigmore (op. cit., n. 165a).

A pesar de que en estos países el examen de la sangre era de uso común, el legislador creyó conveniente reglamentarlo para evitar abusos, así como limitaciones impuestas por los jueces sin fundamento sólido. Por otra parte, de este modo se terminan todas las controversias al respecto y nuestro derecho manifestaría una vez más su carácter progresista.

Esta reglamentación debe tener en cuenta que en los procesos relativos a la filiación los interesados son tres: el niño, la madre y el presunto padre. Por lo tanto, en una ley sobre esta materia debe preverse el caso en que uno de esos tres individuos no sea parte en el proceso y permitir al juez que ordene el experticio también a cargo de esa persona. Entendemos que el legislador no puede fijar la fuerza de convicción que deberá tener este examen, y mantener el poder de apreciación de la prueba que se abandona al arbitrio de los jueces aunque, como es natural, cuando los resultados son de exclusión sería ilógico que el juez admitiese la existencia de la filiación, no obstante la mayor certidumbre de los resultados científicos, comparada con los testimonios y hechos circunstanciales. El juez, sin embargo, debe apreciar también las condiciones de exactitud técnica del experticio.

52.— La contestación de estado y el examen de la sangre

Ya hemos dicho (*supra*, n. 27, p. 70 y s.), que en los casos de contestación de estado, cuando existe un acta de nacimiento no conforme con la posesión de estado o en ausencia de posesión de estado, para ser admitido a contestar la veracidad de las enunciaciones del acta de nacimiento, debe establecerse previamente la verosimilitud de la pretensión. Igualmente sucede en el caso en que se tenga una posesión de estado, pero no exista acta de nacimiento.

En estos dos casos, si la parte demandante, por una razón cualquiera, no puede administrar la prueba del principio de

EL EXAMEN DE LOS GRUPOS SANGUINEOS...

prueba (art. 323), parece injustificado rehusarle el derecho a solicitar el examen de la sangre a título de procedimiento de prueba único. En realidad, en este caso, nuestra ley es demasiado exigente en cuanto a la prueba y debe ser reformada, no sólo para permitir el experticio sanguíneo, como procedimiento de prueba único, sino para autorizar además todos los medios propios a justificar su pretensión contraria al acta de nacimiento o contraria a la posesión de estado (Cf., BARBIER, *op. et loc., cit.*, p. 355). En esta forma, el examen de la sangre sería uno de los tantos medios de prueba, a veces el más concluyente, que podría emplearse en los casos de contestación de estado.

53.— Acción en denegación

En la filiación legítima la prueba por medio del examen de la sangre está muy limitada, debido al amplio sistema de presunciones irrefragables que ha establecido la ley. Por esta razón, la prueba científica presenta aquí grandes probabilidades de hacer evolucionar nuestro derecho, creado en el seno de la civilización de un pueblo que ha desaparecido hace más de quince siglos!

La presunción de que el marido de la mujer es el padre del niño concebido o nacido en el matrimonio, es indudable que se funda sobre la situación normal dentro de la familia legítima. Sin embargo, excluir la prueba que sirva a demostrar que el hecho normal no ha ocurrido en la especie de que se trata, no tiene justificación especialmente después del descubrimiento de los grupos sanguíneos; no se podría condenar a un marido a sufrir las consecuencias del hecho palpable e incontrastable de la infidelidad de su mujer, sin poder tomar las medidas judiciales que permitan establecer, científica y legalmente, la verdadera situación del drama familiar, desconociendo al niño fruto de la unión adulterina de su mujer.

Es cierto, que la misma ley permite la denegación en algunos casos excepcionales (artículos 312 y 313), pero en los otros casos queda prohibida, sin contar con que la ley sólo la autoriza en un plazo breve, que acaso haya sido insuficiente para que el esposo descubra la realidad de los hechos.

Algunos han propuesto que se facilite la acción en denegación únicamente en los casos en que el examen de los grupos sanguíneos dé por resultado exclusión (BARBIER, *ibidem*); pero, como aún no ha logrado la ciencia comprobar todos los casos de no-paternidad, sino únicamente los que resulten de cier-

CARLOS ALVAREZ MORALES

tas incompatibilidades de los grupos sanguíneos, la prueba de la no-paternidad no debe ser limitada al examen de la sangre.

Por estas razones, consideramos que la reforma que lograría armonizar el derecho con las situaciones de hecho, sería la que permitiera contradecir la presunción todas las veces en que el marido logre demostrar que él no puede ser el padre del niño. Esta imposibilidad de no-paternidad podría ser debido al alejamiento, a la impotencia accidental, como también es posible en nuestro derecho positivo, pero también por medio de la impotencia natural, de la incompatibilidad de los grupos sanguíneos y de otras causas especiales que puedan presentarse.

Esta reforma podría ser semejante a la establecida en el código civil suizo (artículo 254), concebido en estos términos:

“El marido no puede desconocer al niño nacido ciento ochenta días por lo menos después del matrimonio, más que si establece que él no puede ser el padre”.

Cabe recordar, por otra parte, que el artículo 312 de nuestro Código Civil fué tomado no sólo del Código Justiniano, sino también del Código Canónico, el cual dispone en su canon 1.115: “Pater is est quem nuptiae demonstrant, nisi evidentibus argumenti contrarium probetur”.

Una cuestión que también debía tenerse en cuenta es el corto plazo en que la acción en denegación es permitida, plazo que impide al marido intentar la acción correspondiente porque la infidelidad de su mujer generalmente viene a descubrirse mucho más tarde. Por lo tanto es necesario alargar este plazo, el que podría ser de cinco años, que es término que nuestra legislación fija para la investigación de la paternidad natural (artículo 6, L. 985, de 1945).

Sin embargo, a pesar de este plazo de cinco años, al marido se le podría permitir intentar la acción, después de transcurrido este plazo si, como expresa el código civil suizo (artículo 257), “ha sido inducido fraudulentamente, sea a reconocer el niño, sea o no denegarle”.

54.— La exceptio plurium contubernim en nuestro derecho

Ya hemos visto que la ley hace de esta excepción un fin de inadmisión absoluto (*supra*, n. 30). En cambio, la legislación suiza, así como la de otros países, considera que esta situación sólo crea “una duda seria sobre la paternidad del demandado”, permitiendo, por consiguiente, que la mujer pruebe que el “otro hombre” no ha podido ser el padre del niño.

EL EXAMEN DE LOS GRUPOS SANGUINEOS...

Consideramos esta fórmula mejor concebida, puesto que la mujer puede demostrar, por medio del experticio sanguíneo, que, efectivamente, esa tercera persona no puede ser el padre del niño. Es cierto que pueden ser más de dos individuos los que han mantenido relaciones sexuales con ella, durante el período legal de la concepción, pero en estos casos lo más probable es que el demandado pueda invocar la conducta licenciosa de la mujer, que es un fin de inadmisión (L. 985, artículo 8).

55.— Conclusión

Lo que hasta aquí fué invulnerable presunción de legitimidad, debe dar paso a los hechos de la vida. Porque, por razonable que sea esta presunción, después de todo no es más que una apariencia, que puede ser destruída por la prueba contraria.

Las presunciones deben ser consideradas, según la expresión de un juez norteamericano, como murciélagos de la ley, volando en el crepúsculo, pero desapareciendo bajo el sol de los hechos reales; mientras que el examen de los grupos sanguíneos, rayo de luz en la delicada, difícil de aprehender y engañosa cuestión de la paternidad, disuelve aquella presunción erigida artificialmente (SCHATKIN, *op. cit.* p. 219).

De esta manera el examen de la sangre se convierte en una necesidad social. Si no procede así el legislador, nada impediría al marido burlado investigar la verdad privadamente, y, una vez conocidos los hechos, ¿podría el silencio de la ley mantener ese matrimonio deshecho y devolver la tranquilidad a ese hombre burlado en su honor? ¡No! Entonces, ¿por qué cerrar los ojos a la verdadera justicia, que no puede ser la de formar familias legítimas de hijos adulterinos?

Consideramos que las modificaciones que hemos propuesto son suficientes para lograr los fines esenciales de la justicia, dado el estado actual de la ciencia, y no es temerario pensar, como nos dice C. SIMONIN, Profesor de la Facultad de Medicina de la Universidad de Estrasburgo, (*Medicine Legale Judiciare*, p. 428), "que la vieja máxima jurídica podrá ser parodiada un día, en estos términos: **Pater is est quem SANGUIS demonstrant**".



